الحق والذمة

وتأثير الموت فيهما
وبحوث أخرى

الشيخ علي الخفيف



٢٥٣ علي الخفيف.
ع ل ح ق الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وبحوث أخرى/ تأليف علي الخفيف؛ تقديم علي جمعة.- القاهرة: دار الفكر العربي، ١٤٣١هـ = ٢٠١٠م.
٥٠٠ص؛ ٢٤سم.
يشتمل على إرجاعات ببليوجرافية.
تدمك: ٥ - ٢٥٨٠ - ١٠ - ٩٧٧.
١- الفقه الإسلامي. ٢- الحق (فقه إسلامي). ٣- الذمة (فقه إسلامي). ٤- الالتزامات (فقه إسلامي). ٥- الوصايا (فقه إسلامي).
أ- العنوان.

تنفيذ وطباعة الكتاب: **مطبعة البردي** بالعاشر من رمضان

التصميم والإخراج الفني

وائل الوسيمي

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

بقلم الشيخ علي جمعة مفتي الجمهورية

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وآله وصحبه ومن والاه.

هذا تجميع لما كتبه فقيه العصر الشيخ علي الخفيف (١٨٩١م – ١٩٧٨م)، وهو يطبع لأول مرة في دار الفكر العربي العامرة بالقاهرة بعد أن كان مشتتًا حيث طبع القسم الأول منه تحت عنوان الحق والذمة وتأثير الموت فيهما سنة ١٣٦٤هـ الموافق ١٩٤٥م بمكتبة عبد الله وهبة بعابدين بالقاهرة، في نحو ١٢٤ صفحة، ولكن به وقفة قلم ولم نجد نسخة كاملة بعد مزيد من البحث والتقصي ويبدو أنه ينقص ورقة أو ورقتين، والقسم الثاني نشر تباعًا في مجلة القانون والاقتصاد على ثلاثة أعداد وهي العددان ٥، ٦ من السنة العاشرة ١٩٤٠م، في ٩٠ صفحة، وعدد مايو ١٩٤١م في ٧٢ صفحة، فالمجموع ١٦٢ صفحة، تحت عنوان تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته، والقسم الثالث طبع أيضًا في مجلة القانون والاقتصاد على أعداد العدد الثاني والثالث من سنة ١٩٤٢م، وعدد مارس وأبريل ومايو سنة ١٩٤٤م في ٢١٤ صفحة، وقد أعيد طبع هذا البحث بمطبعة البرلمان بمصر سنة ١٩٥٢م بعنوان التركة والحقوق المتعلقة بها ويقع في ٢٥٤ صفحة.

ويجمع الموضوعات الثلاثة الكلام عن الحق بمختلف صوره، ولقد آثرنا أن نرتب هذه الأقسام الثلاثة ونقدم الحق والذمة وإن كان قد طبع متأخرًا في سنة ١٩٤٥م، على تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته وهو الذي طبع في ٤٠ و٤١ ثم أخرنا الحقوق المتعلقة بالتركة لما ارتأيناه من أن هذا الترتيب يعين القارئ على التعرف

على فكر الشيخ من ناحية وعلى الإلمام بموضوع الحق والذمة والالتزام من ناحية أخرى، وتكمن أهمية هذا المجموع في أنها من المحاولات الأوَل من فقيه مجدد مثل الشيخ علي الخفيف، في قضية الشخصية الاعتبارية والتأسيس النظري لها والغوص في الفقه الإسلامي لاستخراج أصولها بالإضافة إلى ما تمتع به علماء الشريعة في كليات الحقوق من المقارنة بين نتاج الفقه الإسلامي ونتاج الفكر الغربي تلك المقارنة التي تضفي على الموضوع أعماقًا كثيرة وسعة تؤدي في النهاية إلى آفاق الاجتهاد والتجديد وإدراك التطبيق الأمثل للشريعة في عصرنا الحاضر.

ندعو الله - سبحانه وتعالى - أن ينفع بهذا المجموع من أبحاث الشيخ، وعسى أن يكون هذا نبراسًا لأبنائنا للسير في طريق تجديد الفقه الإسلامي بما لا يخرج عن الأصول الرصينة التي أقرها الفقهاء والعلماء عبر العصور.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،،،

الدكتور علي جمعة

مفتي الديار المصرية





مقدمة

الحمد لله الذي يهدي إلى الحق وإلى الطريق المستقيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي جاء بالشرع الحكيم، وعلى آله وأصحابه الذين اشترعوا شرعته، واستنوا سنته، فكانوا من الفائزين المصلحين. أما بعد فهذه بحوث في الحق والذمة وما يعرض لها من أحكام، ألقيتها على طلبة الدكتوراه في كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول سنة ١٣٦٤ -١٣٦٥هـ (١٩٤٥ - ١٩٤٦م)، ولم أقتصر فيها على مذهب معين، بل تناولت كثيرًا من الآراء، قصد الموازنة بينها، وإظهار الراجح منها، وأشرت إلى ما لعلماء الشرع الوصفي في ذلك من أفكار، لتتجلى المسائل من جميع جهاتها، وتتربّى في نفوس الطلبة الروح الشرعية، والله أرجو أن يحقق بها ما أبغي من خير، وأن يلهمني الرشد، ويوفقني إلى الصواب.

علي الخفيف



المحتويات



تمهيد

التعريف بالشريعة الإسلامية:

المعنى اللغوي: الشريعة لغة مورد الشاربة، وهو المكان على شواطئ الأنهر والمراوي يرده الناس والدواب للشرب. ويسمى أيضًا مشرعًا ومشرعة، وفي هذا قيل: شرع في الماء شروعًا إذا ورد المشرع، ثم أطلق لفظ الشريعة على ما شرعه الله لعباده من الأحكام، وعلى كل ظاهر مستقيم من المذاهب، ومثله في هذا المعنى الأخير لفظ الشرعة ولفظ الشرع. والشرع أيضًا مصدر لشرع إذا سن أحكامًا وقوانين، وشرع إذا عمل بالشريعة. وفي القرآن الكريم: ﴿ ۞ شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا ....﴿١٣﴾ ﴾ [الشورى].

وفيه أيضًا: ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا ....﴿١٨﴾ ﴾ [الجاثية]. أي على أمور شرعناها لك، و: ﴿ ..لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ..﴿٤٨﴾ ﴾ [المائدة]. أي شريعة تتبعونها وطريقًا واضحًا تسلكونه.

والإسلام الانقياد والخضوع والتسليم والاستسلام وقيل في ذلك: أسلم فلان في هذا الأمر إذا انقاد إليه وخضع، وأسلم لأمر الله إذا سلم واستسلم ثم أطلق على التصديق بالله ورسوله محمد ﷺ.

الاستعمال الشرعي: وقد استعمل هذا التركيب في لسان الشرعيين على وفق ما انتهى إليه التطور اللغوي فأطلقوه على كل ما جاء به محمد ﷺ من عند الله من الأحكام سواء منها ما نزل عليه لبيان العقيدة الإسلامية، وما جاء لتهذيب النفوس وإتمام مكارم الأخلاق، وما شرع لتدبير المعايش وتنظيم الروابط وإصلاح الاجتماع؛ ذلك لأن الإسلام جاء لأغراض ثلاثة: أولها إصلاح العقيدة وثانيها تطهير النفوس وتهذيب الأخلاق وثالثها إصلاح المجتمع الإنساني، فكانت شريعته مجموعة من

العقائد انتهى بحثها إلى علم سمي بعلم الكلام[1] ومجموعة من الأخلاق انتهى بيانها إلى علم سمي بعلم الأخلاق، ومجموعة من القوانين والأحكام التي شرعت لتنظيم المعاملة وإقامة الروابط سميت أخيرًا بعلم الفقه[2].

التعريف بالفقه:

لم يترك الله - سبحانه وتعالى - الإنسان في دنياه سدى قد أهمل في حياته يفعل ما يشاء ويترك ما يشاء دون أن يكون له قانون يلزم باتباعه أو نظام مقرر يجب عليه أن يرعاه ويكون مسئولًا عن مخالفته، بل شرع له النظم وسن له القوانين وحد له الحدود وألزمه باتباعها وكلفه السير على مقتضاها وجعله مسئولًا عن كل مخالفة يرتكبها حتى يستتب النظام ويستقر الأمن ويرتفع الفساد والظلم وتتهيأ للناس حياة طيبة تسعدهم وتوجههم إلى مثلهم العليا وغرضهم الأسمى.

لهذا لم يترك الله لهم عملًا من غير حكم تستبين به آثاره ونتائجه، نافعة أو ضارة حسنة أو قبيحة، حتى يقدم الإنسان عليه إن كان نافعًا ويحجم عنه إن كان ضارًا لا فرق في ذلك بين عبادة يتقرب بها إلى ربه أو معاملة بين أمتين، ولا بين تعاون في أسرة أو تضامن في أمة. فلكل عمل من ذلك حكم سواء أكان عملًا خارجيًا أم عملًا باطنيًا كالنية والحسد والرياء.

---

(١) سمي هذا العلم بعلم الكلام إما لكثرة ما فيه من جدل ومناظرة لم ينتهيا في كثير من المسائل إلى غاية وقد اقتضى ذلك كثرة الكلام وإما لأن مسألة الكلام من مسائله وهي مسألة شغلت الأمة الإسلامية ردحًا من الزمن وأصاب كثيرًا من العلماء بسبب القول فيها ما أصابهم من ظلم وعنت واضطهاد.

(٢) الفقه في اللغة: العلم، قال ابن فارس: كل علم لشيء فهو فقه، وقال آخرون إنه العلم بالشيء مع الفهم له والفطنة فيه، ومن هذا قول أعرابي لآخر شهدت عليك بالفقه أي بالفهم والفطنة ومنه الحديث «من يرد الله به خيرًا يفقه في الدين»، ويقول ابن القيم في بيان معنى الفقه: إنه أخص من الفهم لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه، وهذا قدر زائد على مجرد فهم ما تدل عليه الألفاظ لغة بطريق الوضع وبتفاوت الناس في هذا المعنى يتفاوتون في الفقه والعلم. والفعل منه فقه ككرم فقهًا وفقاهة إذا صار الفهم والحذق فيه ملكة له ومن ذلك قولهم: إنه فقيه النفس أي له ذوق فقهي بالملكة لا بالصناعة وفقه كفرح فقها إذا فهم وقال أيضًا تفقهه كما يقال فقه تفقيهًا وأفقهته إياه أي أفهمته وعلمته، وفاقهته ففقهته أي باحثته فغلبته وهو فقيه وفقيهة وفقه وهي فقهة وفقيهة، راجع القاموس المحيط ومختار الصحاح والمصباح وأساس البلاغة.

وهذا الحكم إما أن يكون مقتضاه طلب الفعل إن كان العمل نافعًا أو طلب الكف والامتناع إن كان ضارًا. أو التخيير بين الأمرين إن لم يتعلق به غرض صحيح يقتضي فعله أو الكف عنه، وهذا ما يسمى عند الأصوليين بالحكم التكليفي.

وإما أن يكون مقتضاه جعل الفعل طريقًا إلى تحقيق غرض صحيح مطلوب إذا ما كان ذلك الفعل سببًا لتحقيقه أو شرطًا فيه، أو جعله مانعًا منه إذا ما تنافى معه وهذا ما يسمى عندهم بالحكم الوضعي.

وقد تكفل ببيان هذه الأحكام كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ، فكان منها ما جاء صريحًا منصوصًا عليه في أحدهما: وكان منها ما لم يصرح به فيهما ولكن أقيم له من الأدلة والأمارات ما يكفي لإظهاره والوصول إلى معرفته حين تقع الحادثة ويتجه نظر أهل الذكر من العلماء إلى استخراج حكمها واستنباطه. وهذا أكثر النوعين عددًا وأوسعهما مدى ودائرة، فهيهات أن تفي النصوص وهي محدودة بما لا ينتهي من الحوادث وبما لا يحصر من الوقائع. وقد كان أكثر ما وقع من الحوادث بعد وفاة الرسول ﷺ مما لم يسبق له مثيل ولم ينزل فيه نص صريح فاستنبطت أحكامه مما نزل بواسطة ما أقيم من الأمارات والدلائل المختلفة.

وكان مجموع ما عرف من الأحكام من هذين النوعين هو ما سمي أخيرًا بالفقه وعلى هذا عرفه الفقهاء: بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.

وليس يراد بالعلم هنا معرفة اليقين، لأن أكثر الأحكام الفقهية أحكام ظنية بل يراد به المعرفة التي تطمئن إليها النفس لرجحانها. وهي بهذا المعنى تتناول اليقين والظن. والأحكام الفقهية لا تتجاوزهما. فإن منها أحكامًا قطعية كوجوب الصلاة وعدد ركعاتها وكحل البيع والإجارة. ومنها أحكام ظنية كجواز المزارعة والجعالة.

وليس في بناء الأحكام على المعرفة اليقينية ريب. أما بناؤها على الظن، وهو أن يترجح لدى الناظر في الأدلة أنها دالة عليها وأن دلالتها على خلافها مرجوحة فأمر جائز في الأحكام الفقهية غير جائز في الأحكام الاعتقادية.

أما جوازه في الأحكام الفقهية فلدفع الحرج عن الناس، فإنها ما شرعت إلا للمصلحة، فحيث وجدت المصلحة فثم الحكم؛ والمصالح أمور تقديرية لا سبيل في كثير منها إلى الجزم واليقين. ومثلها في ذلك دلالة كثير من النصوص، فلو اشترط اليقين طريقًا إلى تعرف الحكم لعمَّ الحرج، ووقفت مصالح الناس؛ ولذا قبلت الشهادة على الأموال والأنفس، وقبلت الأخبار، وصدقت الرسائل، وتواتر قبول ذلك عن الرسول ﷺ، فقد بعث رسله إلى الملوك بالدعوة إلى الإسلام، وأرسل بعض أصحابه ليعلموا الدين من نأت ديارهم من المسلمين حتى صار ذلك الأمر كأنه ضرورة دينية معروفة.

وأما عدم جوازه في الأحكام المتعلقة بالعقائد فلأن العقيدة أساس الدين وهي الفارق بين المسلم وغيره ولا يجوز أن يكون مبنى الدين ولا أساس التفرقة ظنًا، فبعض الظن خطأ وإثم، وقد تجر التفرقة إلى البغضاء والقتال والاستيلاء على الأنفس والأموال؛ لذا نعى الله - سبحانه وتعالى - على من اتخذ الظن أساسًا لعقيدته فقال تعالى:

﴿... إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّ وَمَا تَهْوَى ٱلْأَنفُسُ ۖ وَلَقَدْ جَآءَهُم مِّن رَّبِّهِمُ ٱلْهُدَىٰٓ ﴿٢٣﴾﴾ [النجم]. وقال تعالى: ﴿... إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّ ۖ وَإِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغْنِى مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْـًٔا ﴿٢٨﴾﴾ [النجم]. وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ۚ ... ﴿٣٦﴾﴾ [الإسراء].

وبناءً على ذلك لا يثبت حكم بناء على شك أو وهم، إذ ليس كل منهما نوعًا من المعرفة التي تطمئن النفس إليها وإن كان نوعًا من الإدراك.

والمراد بالأحكام هنا الأحكام الفقهية التي هي آثار الخطاب الشرعي، أو بعبارة أخرى آثار الحكم عند الأصولي من الوجوب والندب والحرمة والكراهة والإباحة والسببية والشرطية والمانعية والصحة والفساد والبطلان. ذلك أن الحكم

عند الأصوليين هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال الناس طلبًا أو تخييرًا أو وضعًا. فهو إما خطاب بالطلب، سواء أكان طلب فعل، كما في الأمر بفعل شيء، مثل قوله تعالى: ﴿ وَأَنْ أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَاتَّقُوهُ ...﴿٧٢﴾ ﴾ [الأنعام]. وقوله تعالى: ﴿ ... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ...﴿٢٨٢﴾ ﴾ [البقرة]. أم طلب كف، كما في النهي عن فعل شيء، مثل قوله تعالى: ﴿ ... وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ...﴿١٥١﴾ ﴾ [الأنعام]. وقوله تعالى: ﴿ ... وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ...﴿٢٣٧﴾ ﴾ [البقرة]. وإما خطاب بالتخيير بين الفعل والترك، كما في قوله تعالى: ﴿ ... إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ...﴿٢٨٢﴾ ﴾ [البقرة]. وإما خطاب بجعل شيء سببًا لشيء آخر كما في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ...﴿٢٩﴾ ﴾ [النساء]. فقد جعل التجارة عن تراض سببًا لحل أكل المال. أو شرطًا في وجود شيء كما في قوله تعالى: ﴿ ... وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ...﴿٢﴾ ﴾ [المائدة]. فقد جعل الحل شرطًا في جواز الصيد، وقوله ﷺ «إنما البيع عن تراض»، فقد جعل الرضا شرطًا في صحة البيع، أو مانعًا من وجود شيء كما في قوله ﷺ: «لا وصية لوارث، ولا يرث القاتل» فقد جعل الميراث مانعًا من نفاذ الوصية وجعل القتل مانعًا من الميراث وآثار هذا الخطاب هو الحكم في اصطلاح الفقهاء، فإذا كان خطابًا تكليفيًا بطلب فعل فأثره الوجوب إن كان الطلب حتمًا كما في أقيموا الصلاة، والندب إن كان غير حتم كما في الإشهاد. وإن كان خطابًا بالكف عن فعل فأثره الحرمة إن كان حتمًا كما في قتل النفس. أو الكراهة إن كان غير حتم كما في نسيان الفضل. وإن كان بالتخيير فأثره الإباحة كما في كتابة الدين، وإن كان خطابًا وضعيًا فأثره اعتبار الفعل سببًا لمسبب كما في المبايعة واعتبارها سببًا لذلك، أو شرطًا لمشروط كما في الحل واعتباره شرطًا في جواز الصيد، وكما في الرضا واعتباره شرطًا في صحة البيع، أو مانعًا من حكم كما في الميراث واعتباره مانعًا من نفاذ الوصية. وهذا النوع من الأحكام هو المراد في التعريف.

والمراد بالشرعية الأحكام المنسوبة إلى شرعه - تعالى - لأنها كلها مستمدة منه، فهي إما مأخوذة منه مباشرة إن جاء بها نص من كتاب كما في قوله تعالى: ﴿ وَلَا

نَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ ... ﴿١٥٢﴾ ﴾ [الأنعام]. أو نص من سنة كقوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرّقا أو يخير أحدهما الآخر» وإما مستنبطة منه بطريق من الطرق التي أقرها الشارع وهي التي يجمعها اسم الاجتهاد أو النظر أو إعمال الرأي فيما نصبه الشارع من الدلائل وأقامه من الأمارات حتى يتحقق المطلوب من تعرف حكمه، كالحكم بجواز الوقف على نفس الواقف وذريته قياسًا على جوازه في وجوه الخير، وكالقضاء بالقرينة القاطعة قياسًا على القضاء بشهادة الشاهدين وكحجب أولاد الأم بالجد لقيام الإجماع على ذلك، وهو لا يكون إلا عن دليل شرعي، وكالحكم بتضمين الأجير المشترك تحقيقًا لمصلحة الأجير ومصلحة من يستأجره، حتى لا يترك الاستصناع ولا تضيع الأموال بالدعاوى الكاذبة، وكحد السكران بثمانين جلدة؛ لأن من سكر هذى ومن هذى افترى، وحد المفتري ثمانون جلدة، وغير ذلك كثير، مرجعها الشرع على ما وصفنا. وعلى ذلك فيدخل معنا من الأحكام ما هو حكم الله في الواقع ونفس الأمر، وما ظُن فيه أنه حكم الله، سواء أكان كذلك في الواقع أم لا.

والمراد بالعملية الأحكام المتعلقة بأعمال الإنسان سواء أكانت من أعماله القلبية كالنية، إذ تارة يكون حكمها الوجوب وتارة يكون حكمها الندب. أو من أعماله الخارجية من بيع وإجارة واعتداء سواء أصدرت عن تكليف كالأعمال الصادرة من البالغ الرشيد، أم عن غير تكليف كالأعمال الصادرة من الصغير والمجنون فقد تتعلق بها الأحكام فيضمنون في أموالهم إذا أتلفوا مال غيرهم وهكذا.

وزاد بعض العلماء وصف الأحكام بالفرعية قصدًا إلى إخراج الأحكام المتعلقة بالأصول العامة مثل قولنا: الكتاب حجة، والسنة حجة، فإنها أحكام شرعية تتعلق بأفعال المكلفين، إذ معنى قولنا الكتاب حجة أن عملنا على وفق الكتاب واجب، ولكن لما كان هذا الحكم حكمًا ضروريًا مرجعه إلى الاعتقاد في الواقع كان من مسائل علم الكلام ولم يكن من مسائل الفقه، وزيد وصف الفرعية لإخراجه. وفي رأيي أن استناده إلى الاعتقاد وكونه قطعيًا لا يتنافى مع اعتباره من الأحكام الفقهية.

والعلم بهذه الأحكام لا يكون فقهًا إلا إذا كان مكتسبًا من أدلتها التفصيلية، بمعنى أن يعرف كل حكم منها من دليله التفصيلي الخاص به، كأن نعلم أن البيع حلال والربا حرام من قوله تعالى: ﴿ ... وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ..﴿٢٧٥﴾ ﴾ [البقرة]. وأن الميراث يتأخر عن الدين والوصية من قوله تعالى: ﴿ ... مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ...﴿١١﴾ ﴾ [النساء]. بعد بيانه لسهام الورثة، وأن تعلم أن للجدات السدس من دليله الخاص به وهو قضاء رسول الله ﷺ بذلك، فقد روى عبد الرحمن بن يزيد[1] «أن رسول الله ﷺ أعطى ثلاث جدات السدس، ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم» رواه الدارقطني[2].

وعلى هذا لا يوصف بالفقه إلا المجتهد، لأخذه الحكم من دليله؛ ولأن الفقه لا يكون إلا كذلك، أما وصف غيره به فمن طريق المجاز، ولكنه قد شاع استعمالا حتى صار لفظ الفقه يطلق عند الفقهاء على حفظ الفروع والمسائل الفقهية وإن لم تتجاوز ثلاث مسائل عدًا.

وتعريف الفقه على هذا الوجه مبني على أنه المعرفة بهذه الأحكام. وقد عرفه بعضهم بأنه مجموعة الأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية، وتعريفهم له بهذا مبني على أنه عبارة عن مجموعة مسائل مدونة، ومبنى هذا اختلافهم في معنى لفظ العلم عند إطلاقه على العلوم، أيراد به الإدراك أم يراد به المدرك؟ وبعبارة أخرى أيراد به مجموعة المسائل المدركة المدونة في الكتب أم يراد به إدراكها. فإن أردت به الإدراك عرفت الفقه بالتعريف الأول وهو معرفة هذه المجموعة من الأحكام، وإن أردت به المسائل عرفته بالتعريف الثاني، وهو أنه المجموعة نفسها، والتعريف الأخير هو الذي يستقيم مع بحثنا في علم الفقه وتدوينه وتطوره.

ولقد تبين لك مما ذكرنا أن الفقه الإسلامي أحكام عامة شاملة تناولت – من قبل – جميع النواحي التي تناولها الشرع الوضعي من بعد، ثم زادت عليها، فقد

(١) هو عبد الرحمن بن يزيد الأنصاري المدني يقول فيه الأعرج ما رأيت بعد الصحابة أفضل منه توفي سنة ٩٣هـ.

(٢) هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي صاحب السنة ولد سنة ٣٠٦ هـ وارتحل إلى مصر والشام وصنف التصانيف وتوفي سنة ٣٨٥هـ والدارقطني نسبة إلى دار القطن وهي محلة ببغداد.

انتظمت جميع أفعال الإنسان في كل نواحي نشاطه واضطرابه، فحددت لها الحدود وأقامتها على أساس من العدالة والصلاحية والاستقامة وجهها لخير الإنسانية وكمالها. وحالت بينها وبين أن تلج بها الأهواء الطائشة والميول الجامحة والنفوس الفاسدة. وتلك هي الرحمة الواسعة التي أشار إليها الحكيم العليم في قوله تعالى: ﴿ ...وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ فَسَأَكْتُبُهَا لِلَّذِينَ يَتَّقُونَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَالَّذِينَ هُم بِآيَاتِنَا يُؤْمِنُونَ (١٥٦) الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِي التَّوْرَاةِ وَالْإِنجِيلِ يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ ۚ فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُوا النُّورَ الَّذِي أُنزِلَ مَعَهُ ۙ أُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ (١٥٧) ﴾ [الأعراف]. وفي قوله تعالى لرسوله ﷺ: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ (١٠٧) ﴾ [الأنبياء].

وكان من هذه الأحكام ما قصد منه بيان طريق العبادة ووسائل التقرب إلى الله تعالى من صلاة وصوم، وزكاة وحج، وقد سميت هذه المجموعة بالعبادات. وكان منها ما شرع لتكوين الأسرة وإقامة بنائها ووحدة الأمة على أسس من المحبة والشفقة والرحمة والمعاونة والمشاركة، وقد سميت هذه المجموعة أخيرا بالأحوال الشخصية. وكان منها ما سن لتدبير المعايش وتصريف الأمور واستغلال الأموال والتصرف فيها وتوجيهها إلى الغرض الصالح منها، وقد سميت هذه المجموعة بالمعاملات. وكان منها ما يتعلق بالأمن ونشره والمحافظة على الحقوق بوجه عام ومنع الاعتداء والظلم وقد سميت هذه المجموعة أخيرا باسم العقوبات. وكان منها ما شرع للمحافظة على الحقوق وإثباتها والحصول عليها بطريق الدعوى والقضاء، وقد سميت هذه المجموعة أخيرا باسم المرافعات. وكان منها ما يتعلق بالحروب وأسبابها ونتائجها والسلم وآثاره وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها من الأمم. وقد سميت هذه المجموعة باسم السير. وفي هذا ترى أن الفقه الإسلامي قد انتظم من الموضوعات جميع ما انتظمه الشرع الوضعي فتناول موضوعات القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية وقانون المرافعات وقانون تحقيق الجنايات والقانون الدولي الخاص والقانون الدولي العام، وزاد على ذلك ما يتعلق بالمعاملة بين العبد وربه وهو قسم العبادات.

نشأة علم الفقه:

لم يتأخر ظهور الأحكام الشرعية الفقهية عن ظهور الإسلام كثيرا، فإن الدعوة الإسلامية حين ظهرت كان أساسها كما قدمنا تصحيح عقائد الناس وتهذيب أخلاقهم ونفوسهم، وإصلاح مجتمعهم. ولم يكن إصلاح هذا المجتمع ليتم من غير أن تسن له القوانين وتشرع الأناظيم. فعني رسول الله ﷺ بأن يبينها للناس، وكان بيانه لها عندما تمس الحاجة إليه، حين تقبله نفوسهم، وتعيه قلوبهم، وحتى لا يفاجئهم بجميع ما كلفوا به دفعة واحدة فيثقل عليهم. فإذا وقعت حادثة بين لهم حكمها، وإذا رفع إليه نزاع قضى فيه، وإذا رأى منكرا نهى عنه، وإذا شاهد معروفا أقره، وإذا سئل عن شيء وقع أجاب. وهكذا إلى أن لحق بالرفيق الأعلى.

وقد تكونت من هذه الفتاوى والأحكام والتقريرات والنواهي أحكام عملية شرعية، كانت هي الفقه في عهده ﷺ، وإن لم تسم يومئذ فقها.

وكان تعليمه ﷺ لهذه الأحكام بناء على ما ينزل عليه من ربه من قرآن تارة وعلى ما يوحى به إليه من معنى ليس بقرآن تارة أخرى، أو بناء على اجتهاد منه ونظر فيما نزل عليه من قبل إذا لم يوح إليه بشيء خاص فيما عرض عليه، ومن هذا انقسمت تلك الأحكام إلى مجموعتين: إحداهما ما كان مصدره القرآن، والثانية ما كان مصدره السنة. والأولى أصل للثانية، وإن كانت الثانية أكثر أحكاما منها.

فأما المجموعة الأولى فقد حفظت بحفظ كتاب الله وكتابته، ولم تتعرض بسبب ذلك لنسيان أو ضياع، قال تعالى: ﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَٰفِظُونَ ﴿٩﴾ ﴾ [الحجر].

وأما المجموعة الثانية فلم تدون في عهده ﷺ، ولكنها كانت مفرقة بين أصحابه بسبب توزيع الأحاديث بينهم. تحفظها صدورهم وتعيها ذاكرتهم يحفظ منها بعضهم ما لا يحفظه الآخر، ومنهم المقل فيها وهو كثير، ومنهم المكثر وهو قليل، ذلك لأنهم لم يعنوا بكتابتها، وكان بيانها من رسول الله ﷺ عند الحاجة، في حله وترحاله، وفي بيته،

وفي مسجده، وفي طريقه، وفي سوقه، فلم يحفظها عنه إلا ذو الشأن في الأمر أو من كان حاضرا وقت البيان، وليس بكثير. وكان هذا حالها في حياته ﷺ، كما كان كذلك بعد وفاته إلى بداية القرن الثاني، لم تتغير إلا بطروء الموت على حفظتها. وقد يطرأ قبل أن تتهيأ لهم الفرصة لاستيداعها غيرهم، فيذهب بذهابهم ما يحفظون، وقد يطرأ بعد ذلك، فيقوم خلفاؤهم في حفظه مقامهم، على خلاف بينهم في الضبط والحفظ والملاحظة والفهم.

ولقد طرأ في آخر عهد الخلفاء الراشدين وما وليه من الزمن أسباب وعوامل دعت إلى النظر في دلائل هذه المجموعة - متونها وأسانيدها - فقط ظهر فيها الخلط والمزج الناشئان عن نسيان، أو عن عدم فهم أو عن قلة ضبط، كما ظهر فيها كذلك الوضع والافتراء عن سوء نية وقصد تارة، وعن غفلة أو حسن نية تارة أخرى، وبدأت هذه المعاول الهدامة تزداد ويتفاقم خطرها بمرور الزمن، فاتجه النظر في أواخر القرن الأول وأوائل القرن الثاني إلى معالجة هذه الحال بعلاجين: أولهما بالنظر في رجال السنة والتقصي عن حالهم من ناحية العدالة والثقة والضبط والحفظ والوعي، وبذل في تعرف ذلك كل مجهود مستطاع من أهل العلم والبحث الدائب. وثانيا بالبحث في متونها وعرضها على الأصول العامة التي جاء بها الكتاب ولم يتم ذلك إلا في القرن الثالث حين ظهرت موسوعات السنة ودواوينها التي حوت صحاحها وبينت ضعيفها وأظهرت موضوعاتها، وبذلك تدوركت المجموعة الثانية من هذه الأحكام فخلصت من كثير مما أصابها، وعرف الصحيح من الأحكام والباطل منها.

ولم يكن ما حفظ من الأحكام على عهده ﷺ كافيا في تعرف أحكام ما يحدث من حوادث بعد وفاته، فإن الوقائع لا تنتهي؛ وهي متغيرة بمرور الزمن، وتغير الناس، واختلاف البيئة والمكان. فكان علماء الصحابة أمام هذا مضطرين إلى الفصل في خصومات لم يسبق لها مثيل في عهده ﷺ، وإلى الفتيا في وقائع جديدة لم تقع لهم من قبل، وخاصة حين انتقلوا إلى ما فتح الله عليهم من الأقطار الإسلامية حاكمين أو معلمين مرشدين، فاجتهدوا في تعرف أحكام تلك الحوادث، وتوصلوا إليها تارة

بالأخذ من النصوص بطريق من طرق الدلالة، وتارة بالقياس، وتارة برعاية المصلحة إلى غير ذلك من طرق الوصول الشرعية التي يجمعها النظر الذي أقره الرسول ﷺ في حديثه مع معاذ بن جبل - رضي الله عنه - حين بعثه قاضيا على اليمن، ولم تكن تعرف تلك الطرق يومئذ باسم خلاف اسم الاجتهاد أو الرأي أو النظر. فقد روى أنه ﷺ حين بعث معاذا قاضيا على اليمن قال له: «بم تقضي؟ قال: بكتاب الله. قال: فإن لم تجد، قال: أقضي بسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد، قال معاذ: أجتهد رأيي، قال ﷺ: الحمد الله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضي الله ورسوله».

ومن قضائهم في تلك الخصومات وفتاويهم في هاتيك الوقائع تكونت كذلك مجموعة ثالثة من الأحكام العملية الشرعية عرفت باسم فتاوى الصحابة وأقضيتهم أو بمذاهب الصحابة، وتمتاز هذه المجموعة عن المجموعتين السابقتين باشتمالها على كثير من الخلاف في الرأي، لأنها ترجع إلى النظر، وما كان مرجعه النظر أقرب إلى الخلاف مما كان مرجعه النصوص وروايتها.

لم يكن يطلق على هذه المجموعات الثلاث يومئذ اسم الفقه ولا على العارف بها اسم الفقيه، وإنما كان يعرف أهلها باسم القراء، أي الذين يقرءون الكتاب. ويدل على ذلك ما قاله ابن خلدون في مقدمته: لم يكن الصحابة كلهم أهل فتيا. ولم يكن الدين يؤخذ من جميعهم، وإنما كان ذلك مختصا بالحاملين للقرآن العارفين بناسخه ومنسوخه ومتشابهه ومحكمه بما تلقوه عن النبي أو عمن سمعه منه من عليتهم. وكانوا يسمون لذلك بالقراء، أي الذين يقرأون الكتاب، لأن العرب كانوا أمة أمية فاختص من كان قارئا منهم بهذا الاسم لغرابته يومئذ، وبقي الأمر كذلك صدر الملة، ثم لما عظمت أمصار الإسلام وذهبت الأمية من العرب بممارستهم الكتاب وتمكن فيهم الاستنباط وكمل الفقه، وأصبح صناعة وعلما استبدلوا بالقراء اسم الفقهاء والعلماء.

وقد خلف الصحابة تلاميذهم من التابعين وتابعيهم من الموالي والعرب، فأخذوا الدين عنهم، وتعلموا القرآن والسنة منهم، وحفظوا فتاويهم وأحكامهم،

ثم حلوا محلهم في التعليم والفتيا والقضاء، فكان لهم آراء وفتاوى وأقضية فيما عرض عليهم من الحوادث والوقائع المختلفة. وبسبب تفرقهم في الأقطار الإسلامية، وقيامهم بالفتيا والتعليم فيها كثرت فتاويهم بكثرة ما حدث في تلك الأقطار من وقائع وأحداث وخصومات، فكان من ذلك كله مجموعة عظيمة من الأحكام، كثيرة الأنواع، متعددة المناحي، متلونة بلون كل قطر حدثت فيه، ففاقت ما تقدمها من الأحكام عددا وجاوزته اتساعا، وابتدأ ذلك في النصف الثاني من القرن الأول واستمر إلى أواخر القرن الثاني، ومن فيض هذه الفتاوى والأحكام جميعها أخذ المجتهدون علمهم، واستمدوا منها مذاهبهم المختلفة التي ظهرت في ذلك الزمن وما تلاه.

وقد ساعد على نمو هذه المجموعة الأخيرة وكثرتها عاملان مهمان: أحدهما اتساع الدولة الإسلامية بسبب امتداد الفتوح في آسيا وإفريقية، إذ دخل في الإسلام من أفريقيا بلاد مصر والمغرب. ومن آسيا العراق وسوريا وفلسطين وأرمينيا وفارس وما وراء النهر، وكلها بلاد تقطنها شعوب مختلفة في العادات والنظم والمعاملات والمصالح والأفكار والثقافة، ولذلك كله أثره في توليد الوقائع وإيجاد الخصومات والنوازل، ولا بد لكل ذلك من أحكام تنهيها وتقطع أسباب النزاع فيها، وقد قام بها تلاميذ الصحابة من التابعين وتابعيهم.

ثانيهما أن كثيرا من الموالي "غير العرب" دخلوا في الإسلام وتعلموه وحذقوا علومه وفنونه، فكان لثقافتهم التي تختلف مع ثقافة العرب أثر كبير في بحوثهم وطريقة تفكيرهم واستنباطهم للأحكام، كما أنهم بثوا بين المسلمين من العرب كثيرا من علومهم وأفكارهم، وبذلك فتحوا في الشريعة للعقول أبوابا جديدة من التفكير، ووجهات مستحدثة من النظر، مما كان له أثر كبير في اختلاف النزعة العلمية، وانقسام الفقهاء إلى أهل رأي وأهل حديث:

أهل رأي لا يتحرجون من الفتيا برأيهم في كل ما يعرض عليهم من الحوادث أو يسألون عنه، إذا لم يكن له عندهم نص معروف، كما لا يتحرجون من تفريع المسائل

وفرض الفروض وبيان أحكامها قصدا إلى إيضاح المبادئ وتعميمها والإجادة في التعليم والتعمق في الفقه.

وأهل حديث يتحرجون من الفتيا فيما لا يعرفون فيه نصا، ثم لا يفتون فيه إلا عند الضرورة القصوى، ويودون لو أقيلوا من هذه المسألة، وكفاهم غيرهم مؤونة النظر فيها، وهم إلى ذلك لا يفرعون ولا يفترضون، ويروون أن رسول الله ﷺ نهى عن السؤال عما لم يكن وعن الأغلوطات وعضل المسائل. وقد فسر الأوزاعي الأغلوطات بأنها صعاب المسائل المفترضة.

وقد وجدت هذه المجموعات الثلاث الأولى من الأحكام في الصدر الأول كما رأيت. ولم يعرف أن أحدا عنى بجمعها وتدوينها، بل المعروف أن حفظها كان في الصدور وتعليمها كان بطريق الرواية والتلقي، ولم يبدأ بجمعها إلا حين بدئ بجمع السنة وتدوينها، وذلك عند ابتداء القرن الثاني الهجري. فقد دونت السنة عندئذ مضافا إليها فتاوى الصحابة وآراؤهم[1]، ثم جردت بعد ذلك من هذه الأحكام، فعندئذ اتجه الناس إلى جمعها في صحائف خاصة بها، وكان ذلك بدء التأليف في الفقه الإسلامي.

ومن أقدم هذه المؤلفات المعروفة الآن، الموطأ للإمام مالك جمع فيه الصحيح من السنة مضافا إليه بعض فتاوى الصحابة، وكتاب الخراج لأبي يوسف، والكتب الستة لمحمد، وهي الأصل، والجامع الكبير، والجامع الصغير، والسير الكبير، والسير الصغير، والزيادات، وهي المعروفة بكتب ظاهر الرواية ثم كتاب الأم للشافعي.

ومن هذا كله يتبين أن الفقه الإسلامي قد ابتدأ مسائل وأقضية ذات حلول خاصة بها وقعت فعلا في الصدر الأول، ثم تطور بعد ذلك فشمل مسائل أخرى

(١) كان أسبق العلماء إلى ذلك عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج البصري المتوفى سنة ١٥٥هـ وسعيد بن أبي عروبة المتوفى سنة ١٥٦هـ وربيع بن صبيح المتوفى سنة ١٦١هـ وكلهم من المحدثين ثم تلاهم سفيان بن عيينة ومالك بن أنس بالمدينة وعبد الله بن وهب بمصر ومعمر وعبد الرزاق باليمن وسفيان الثوري ومحمد بن فضيل بالكوفة وحماد بن سلمة وروح بن عبادة بالبصرة وهشيم بواسط وعبد الله بن المبارك بخرسان وكلهم محدثون.

فرضية أعطيت لها حلولها. وقد نتج عن افتراض المسائل وحلها مناظرات وبحوث اصطبغت بالصبغة العلمية، فتولدت عن ذلك أفكار وآراء جديدة ظهرت فيها الفكرة الكلية والاتجاه إلى وضع القواعد والضوابط العامة التي تتفرع عنها المسائل المختلفة.

ونحن لا نزعم أن الفقه الإسلامي قد تطور هذا التطور في جميع بحوثه وأبوابه ولا أنه وصل في هذا المجال إلى ما وصل إليه الفقه الوضعي الآن، ولكنا نريد أن نقول إنه في الوقت الذي بدأ يتطور فيه هذا التطور المحمود فينتقل من المسائل ذات الحلول إلى القواعد العامة، أغلق باب الاجتهاد، وأصابه - بسبب ذلك - العقم الذي وقف به عن السير نحو الغاية التي كانت مرجوة له، وكان ابتداء ذلك بعد انتصاف القرن الثالث الهجري، ومن الإنصاف أن نقرر أن ذلك التطور وهذا الوضع ليس أمرا بدعا فقد جاء الكتاب والسنة بقواعد عامة لو أنها اتخذت مثالا يحتذى في وضع الفقه وتعليمه لوصل من زمن بعيد إلى خير صورة يمكن أن تكون عليها الشرائع وأوضاعها.

لقد قرر الكتاب عدة أسس منها الأخذ باليسير في الأمور وذلك بقوله تعالى: ﴿... يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ...﴿١٨٥﴾﴾ [البقرة]. وقرر نفي الحرج والعنت وذلك بقوله تعالى: ﴿.. وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ..﴿٧٨﴾﴾ [الحج]. وقرر مبدأ اشتراك الناس فيما اشتملت عليه الأرض من منافع بقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ...﴿٢٩﴾﴾ [البقرة]. وقوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَوْا۟ أَنَّ ٱللَّهَ سَخَّرَ لَكُم مَّا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِى ٱلْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُۥ ظَٰهِرَةً وَبَاطِنَةً ...﴿٢٠﴾﴾ [لقمان]. وقرر مبدأ المساواة بين الناس ورفع الظلم والمحافظة على الحقوق ومواساة ذوي القربى بقوله تعالى: ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآئِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ ...﴿٩٠﴾﴾ [النحل]. وقوله تعالى: ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ...﴿٥٨﴾﴾ [النساء]. وقرر مبدأ انتفاع الإنسان بماله بقوله تعالى:

﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِۚ ...﴿٣٢﴾ ﴾ [الأعراف]. وقرر احترام العقود والوفاء بها بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ ...﴿١﴾ ﴾ [المائدة]. وقوله تعالى: ﴿ ... وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾ ﴾ [الإسراء]. وقرر نظرية الضرورة الملجئة بقوله تعالى: ﴿ ... فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٤٥﴾ ﴾ [الأنعام]. وغير ذلك من الآيات التي تضمنت مبادئ عامة من مبادئ الشرع الإسلامي العادلة الصالحة.

وعلى مثال ذلك جاءت السنة فقررت كذلك بعض القواعد الشرعية مثل: "لا ضرر ولا ضرار" ومثل "الخراج بالضمان" ومثل "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وغير ذلك من الأحاديث التي جاءت بمثل هذه المبادئ العامة.

وهذه كلها أمور عامة لو وضع الفقه على مثالها لكان اليوم على وضع آخر غير وضعه الحالي. ضوابط كلية تبدأ بها الأبواب أو الموضوعات وعنها تتفرع المسائل بأحكامها. وعندئذ يكون البحث في أصولها لا في إثبات الحكم لها فتستغني عندئذ بأصولها عن تعدادها وذكرها مسألة مسألة. وفي ذلك تربية للملكة الفقهية واقتصاد في زمن التعلم والتعليم.

نحن لا ننكر أن أكثر هذه المبادئ أو القواعد التي جاء بها الكتاب والسنة إنما وضعت على مثال يتجه به إلى بيان الحكمة من شرعها ولفت العقول إلى فائدتها وإن شئت قلت إنها إلى الأخلاق أقرب منها إلى الفقه إلا قليلا منها، وأنها متغلغلة في العموم إلى حدود تناولت كليات عديدة من الواجب بيانها وتفصيلها، وهذا الوضع من العموم غير ما نبغيه من وضع الفقه وتأليفه. فإنما نريد أن يصور في أبسط قواعده الكلية حتى يستطاع بتطبيقها على المسائل الجزئية المتفرعة معرفة حكم كل مسألة منها بيسر وسهولة، فتصير القاعدة للمسائل كسِمْط العقد ينتظم جميع حباته فلا تخرج عنه واحدة منها ومن شأن تلك القاعدة أن يعمد في تكوينها إلى المسائل الفرعية المتماثلة الأحكام فينتزع منها أصلها الجامع الذي اقتضى حكمها. فإذا عرف الأصل والحكم أمكن وضع القاعدة وذلك مثل قوله ﷺ «البينة على من ادعى واليمين على من

أنكر» وقوله ﷺ «الخراج بالضمان». وقولك: العقد ملزم، وهكذا. وهذا الصنيع لم يتم في أكثر أبواب الفقه الإسلامي وموضوعاته، وقد حاول بعض الفقهاء فيما بعد أن يضعوا في الفقه مؤلفات على هذا الطراز فجاءت مؤلفاتهم قيمة في وجهاتها ولكنها لم تتخذ الوضع المرغوب وإن اقتربت منه، وكان في الإمكان أن نتخذها باكورة هذا العمل وهاديا إلى الطريق، ولو فعلنا لأحسنا الصنيع ولوصلنا إلى مستوى رفيع. ومن هذه الكتب:

١- كتاب قواعد الأحكام في مصالح الأنام للشيخ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الشافعي المتوفى سنة ٦٦٠هـ وقد طبع بمصر سنة ١٩٣٤م، وضعه في القواعد الشرعية العامة التي تبنى عليها الأحكام.

٢- كتاب الفروق لشهاب الدين أبي العباس أحمد ابن إدريس المالكي المتوفى سنة ٦٨٢هـ وقد طبع بتونس ثم طبع بمصر سنة ١٣٤٧هـ ومعه حاشية إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط سراج الدين أبي القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري، وكتاب تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي ابن المرحوم حسين مفتي المالكية.

٣- كتاب القواعد للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥هـ وقد طبع بمصر ١٩٣٣م.

٤- كتاب الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي المتوفى بمصر سنة ٩١١هـ وقد طبع بمكة سنة ١٣٣١هـ.

٥- كتاب الأشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن نجيم الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠هـ. وقد طبع مرات عديدة وكتب عليه كثير من المؤلفين منهم السيد الحموي، كتب عليه حاشية مطبوعة، وكتب عليه أبو السعود والبعلي والبيري. والحواشي الثلاث غير مطبوعة وهي موجودة مخطوطة في بعض المكاتب.

ذلك ما نحاول أن نفعله الآن، فنعمد إلى كل موضوع من موضوعات الفقه فندرسه دراسة عميقة تتغلغل فيه إلى أعمق أجزائه حتى نصل إلى استخراج أصوله الجامعة وحكم ذلك الأصل فيه، ثم نبحث عنه في باقي الموضوعات حتى ننتهي

من بحثنا إلى قاعدة عامة لها حكم عام في جميع ما تتضمنه وتنطبق عليه. وهو عمل ليس باليسير إذا روعي ما في الفقه من خلاف وما تضمنه من مذاهب وآراء، وأن من الواجب مراعاة كل ذلك في تكييف القاعدة واستنباطها. وسنستعين في ذلك بما وصل إليه الفقه الوضعي من حيث الصورة والتكوين.

وسنبدأ دراستنا هذه ببيان الحق والذمة وتأثير الموت فيهما مقدمين قبل ذلك كلمة في الموازنة بين الشرعين الإسلامي والوضعي لتكون كالتوطئة لما نجريه بعد ذلك من موازنة بين الأحكام الفرعية في الشرعين واختلافهما في وجهة النظر، ما استطعنا إلى ذلك سبيلا.

نسأل الله تعالى أن يوفقنا إلى الصواب وأن يهدينا إلى الرشد والسداد، وأن يجنبنا الخطأ والزلل. وأن يعصمنا من العجلة والخطل، إنه سميع قريب.



موازنة عامة إجمالية بين الشرع الإسلامي والشرع الوضعي في نشأة كل منهما

يجب لبيان نشأة شريعة من الشرائع إظهار هدفها الذي تهدف إليه، وإن شئت قلت: الوجهة التي توليها في وضع أحكامها، ثم بيان السلطة التي سنتها، والمصادر التي استمدت منها، وما وضع لسنها من حدود. ولذا تكون موازنتنا بين نشأة كل من هذين الشرعين متضمنة بيان هذه الأمور الأربعة والإشارة إلى ما بينهما من خلاف فيها. وليكن بياننا هذا في إجمال إذ لسنا بصدد بحث ذلك تفصيلا.

وجهة كل من الشرعين:

يتجه الشرع الوضعي في تقرير أحكامه إلى تنظيم الروابط بين أفراد المجتمع الإنساني، وبيان حقوقهم، وطرق المحافظة عليها، ومنع وسائل اعتداء بعضهم على بعض، فكانت وجهته تنظيم الحياة الاجتماعية وإصلاحها بحمل الناس على أن تكون جميع أعمالهم الظاهرة خاضعة لنظام واحد لا يتعدون حدوده فيها؛ ولهذا نجد جميع أحكامه مختصة بأعمال الإنسان الظاهرة التي تمس غيره وتتصل بحقوقه، أما ما لا يمس حقوق غيره ولا يتصل به فلا تتعرض له، سواء أكان عملا ظاهرا أم باطنا.

ويتجه الشرع الإسلامي في تقرير أحكامه إلى إصلاح ناحيتين: صلة الإنسان بربه - سبحانه وتعالى -، وصلته بغيره من الناس، وإن شئت قلت: إنه يرمي إلى صلاح نفس الإنسان وروحه قصدًا إلى صلاح أفعاله. فإن أفعاله إما صورة لنفسه أو منبعثة عنها، وصورة الشيء إنما تكون على مثاله ولا ينبعث من الصالح إلا الصالح، وليس ينبعث عن الفساد صلاح ولا عن الشر خير.

فإذا صلحت صلة الإنسان بربه فصلح دينه صلحت نفسه، وإذا صلحت نفسه صلح عمله، وإذا صلح عمله صلح مجتمعه، ومحال أن يتحقق صلاح المجتمع وكماله بمحاولة إخضاع أعمال الناس الظاهرة لقانون مسنون دون أن يقوم ذلك على إصلاح الدين والنفس وليس يتم ذلك إلا بصلاح الصلة بينها وبين ربها. ولهذا الغرض جاء

الدين الإسلامي كما قدمنا. وإلى هذا قصده فكان الشرع الإسلامي لذلك معتمدًا عليه، قائمًا على أساسه، سائرًا على هداه وكان لذلك أثران فيه: أثر في هديه، وأثر في وضعه.

أما أثره في هديه ففي أربع نواح:

الناحية الأولى: أن صلته بالدين جعلت أحكامه مؤيدة بالوجدان، مقبولة في الضمير، محبوبة لدى النفس. يطيعها الإنسان بوجدانه حبا ورغبة. لا خوفا ورهبة، وفي طاعتها إيقاظ للشعور الديني وإنماء لداعية الخير.

الناحية الثانية: أن اتصاله بالدين وقيامه عليه جعل له من الضمير حارسا ومن العقل رقيبا فكان حرص الإنسان على مراعاته في السر كحرصه على ذلك في العلانية لا تستهويه فكرة الإفلات من العقاب إذا ما خالفه في السر، لأن أمر الحساب فيه إلى الله تعالى وهو يعلم السر والنجوى بخلاف الشرع الوضعي فإن الإفلات من عقابه عند انتهاك حرمته في السر ميسور قريب.

الناحية الثالثة: أن ربطه بالدين جعله مرتبطا بالأخلاق، تؤيده بقوتها الأدبية التي تستند إلى الشعور العام، ويؤيدها بسلطانه المادي. وفي تضافر القوتين سرعة في الإصلاح ووفرة في الفوائد والآثار.

الناحية الرابعة: أن ارتباطه بالدين واستمداده منه قد قوى سلطانه، وجعله فوق الملك والسوقة يخضع له الراعي والرعية على السواء ويدين له الحاكم والمحكوم ولم تظهر معه فكرة: الملك فوق القانون.

وأما أثره في وضعه فله مظهران: أحدهما في سنه أحكاما للعبادة ووسائل للتقرب إلى الله - سبحانه وتعالى - من صلاة وصوم وحج وزكاة وصدقات ونذر ويمين وغير ذلك مما يقرب العبد إلى ربه ويصله به. وأما الشرع الوضعي فلا يتعرض لشيء من ذلك لما قدمنا.

ثانيهما في جعله لكل عمل من أعمال الإنسان حكمين: حكم مرجع النظرة الأولى فيه إلى الدنيا وصلة الإنسان بالإنسان، وأساسه النظر إلى صورة الفعل في الخارج وما يترتب عليه من أثر فيه، وحكم مرجع النظرة الأولى فيه إلى الآخرة وصلة الإنسان بربه. وأساسه النظر إلى البواعث الباطنية والأغراض النفسية.

ويوضح ذلك أن لكل عمل يأتيه الإنسان ناحيتين: ناحية خارجية تتصل بغيره من الناس، وناحية داخلية ترتبط بنفس الإنسان وصلاحها وقصدها. فبالنظر إلى الناحية الأولى يكون له حكم تتبين به آثاره من التزام يكلف به محدثه وحق يستوجبه إلى غير ذلك من الآثار الخارجية، وبالنظر إلى الناحية الثانية يكون له حكم آخر يتبين به حال النفس من صلاح وطاعة يستوجبان المثوبة عليه، أو فساد وعصيان يستوجبان العقاب أو العتاب. ومرد الحكمين جميعا إلى غاية واحدة هي صلاح المجتمع، غير أن الحكم الثاني يقوم كالأساس والأصل للحكم الأول ولا قيام لبناء من غير قاعدة ولا دوام له من غير أساس.

فاعتداء الإنسان على غيره له حكمان: حكم يرجع إلى صورته التي وجدت في الخارج وما ترتب عليه من ضرر، وهذا الحكم هو جعل هذا الاعتداء سببا للضمان أو مستوجبا معه العقاب والتعزير. وحكم يرجع إلى الباعث الباطني وهذا الحكم هو كون هذا الفعل حراما يستوجب غضب الله وعقابه. وارتباط هذا الحكم الأخير بالعقاب والتعزير أمر بين.

وأكل الإنسان مال غيره له حكمان: أحدهما يقتضي التعويض بدفع بدل المأكول وهو اعتبار هذا الفعل وهو الأكل سببا للضمان ومرجعه إلى الصورة المادية الخارجية وما ترتب عليه من ضرر مادي، وقد يقتضي كذلك تعزيرا دنيويا تبعا لما يكون قد صحبه من ظروف مشددة، وثانيهما يقتضي الإثم والعقاب في الآخرة ومرجعه إلى الباعث عليه ومخالفة أمر الله فيه؛ ولذا قد يختلف هذا الحكم بتغير هذا الباعث فإذا وقع هذا الأكل دفعا لمخمصة مهلكة وقصدا إلى الانتفاع برخص الله تعالى تغير حكمه وكان العمل طاعة تستوجب المثوبة وأصبح مطلوبا بعد أن كان حراما ممنوعا،

ووجب أن ينتفي حينئذ التعزير. وكذلك إلحاق العيب بمال إنسان له حكمان حكم مرجعه إلى الصورة الخارجية وهو يقتضي تضمين من أحدث العيب بقدر النقص. وحكم آخر هو الحرمة يقتضي العقاب. وذلك إذا كان الباعث عليه إرادة الإضرار، فإن كان الباعث عليه تخليص هذا المال من متغلب ظالم يقصد إلى كل مال سليم فيغصبه اختلف الحكم وكان عملا مندوبًا يقتضي الثواب.

وهكذا الحال في العقود: فلكل عقد حكمان: حكم مرجعه إلى صدور صيغته وترتب الآثار عليها وبه يوصف بالصحة والنفاذ أو بالفساد أو بالبطلان. وحكم آخر مرجعه إلى طلب الشارع له عند صلاح الباعث عليه، أو كراهيته له عند فساد الباعث عليه، وبه يوصف بأنه واجب أو مندوب أو محرم أو مكروه. وبناء على هذا الحكم يستحق عاقده الثواب أو العقاب وهاك بعض الأمثلة أيضًا.

١- عقد الزواج له حكمان:

أحدهما يرجع إلى ما يترتب عليه من أثر كحلّ المتعة فيوصف حينئذ بأنه صحيح نافذ أو فاسد. وثانيهما يرجع إلى ما صاحبه من نية ودعا إليه من باعث. فيوصف بناء على ذلك بأنه واجب أو مندوب أو محرم أو مكروه، فإذا استطاع المرء القيام بحقوق الزواج وأقدم عليه ليمنع نفسه من الزنا كان واجبا وإذا أقدم عليه امتثالا كان سنة مؤكدة أو واجبا، وإذا أراد به الجور والظلم لمن يريد التزوج بها أو لأهلها كان حراما أو مكروها تبعا لحال قصده. كما يكون حراما أو مكروها على الخلاف في ذلك إذا أراد به إحلال المرأة لمطلقها ثلاثًا. ويتبع حرمته عند بعض القائلين بها عدم ترتب أثره عليه في الخارج ديانة بل وقضاء إذا ما ثبت ذلك بإقامة الدليل عليه.

٢- عقد البيع له حكمان:

حكم يرجع إلى ما يترتب عليه من أثر وهو نقل الملكية في البدلين وما يتبع ذلك، فيوصف حينئذ بأنه فاسد أو موقوف أو نافذ. وحكم يرجع إلى ما صاحبه من قصد وغرض فيوصف بأنه مباح أو مندوب أو واجب أو حرام. فإذا باع الشخص

ما له ليكون وسيلة إلى قضاء حاجة عادية فهو مباح وإذا باعه ليكون طريقا لاستثمار ماله وإنمائه طاعة لقوله تعالى: ﴿... وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ ...﴿١٠﴾﴾ [الجمعة]. كان مندوبا. وإذا باعه لدفع مخمصة مهلكة كان واجبا وإذا باعه ليكون البيع وسيلة إلى أكل الربا المحرم كما في بعض أنواع بيع العينة كان حراما. وقد يستتبع ذلك فساده عند بعض العلماء فلا يترتب عليه في الخارج أثره.

٣- عقد الوصية له حكمان:

حكم يرجع إلى ما يترتب عليه من أثر وهو تملك الموصى له فيوصف كذلك بأنه نافذ أو غير صحيح. وحكم يرجع إلى ما يصاحبه من نية فيوصف بأنه مندوب أو حرام. فإذا أراد به الصدقة كان مندوبا وإذا أراد به إعانة عاص على معصيته كان حراما.

٤- وكذلك الوقف له حكمان:

حكم يرجع إلى أثره وهو تملك الموقوف عليه المنفعة فيوصف حينئذ بأنه نافذ أو فاسد. وحكم يرجع إلى ما صاحبه من نية فيوصف بأنه مندوب أو حرام مثلا، فإن كان الغرض منه الصدقة الجارية كان مندوبا وإن كان الغرض منه الإضرار بالورثة أو الإعانة على معصية كان حراما. وهكذا.

وليس يفوتنا أن نشير إلى ما لوجود هذين الحكمين لكل فعل من أثر في إيجاد الخلاف بين الأحكام الظاهرة التي يجب أن تتخذ أساسًا للمعاملة بين الناس والأحكام الباطنة التي يصح أن يعمل بها الإنسان في خاصة نفسه فقط، والأولى يسميها الفقهاء بأحكام القضاء. والثانية يسمونها بأحكام الديانة. ويريدون بالأولى الأحكام التي ترجع كما قدمنا إلى الصورة المادية للفعل أو للعقد وما يترتب عليها من أثر في الخارج وإن شئت قلت ما يمكن الوصول إليها بوسائل الإثبات الظاهرة وهذه هي محل القضاء والإلزام ولذا سميت بأحكام القضاء فلا يقضي إلا بالنظر إليها. ويريدون بالثانية الأحكام الأخرى التي ترجع إلى الباعث على العمل والنية

المقترنة به. وإن شئت قلت ما ليس لوسائل الإثبات الظاهرة إليها من سبيل، وهذه هي أساس المؤاخذة الخلقية في الواقع وهي مناط المثوبة من الله تعالى والعقاب، ولذا يجب على الإنسان أن يعمل بها في خاصة نفسه فقط، ولم يجز له أن يلزم بها غيره ولا أن يجعلها محلا للقضاء، لأن القضاء له الظاهر، وأساسها أمر باطني لا سبيل إلى معرفته، وعليه فالوصية لإنسان بقصد معونته على الفسق غير جائزة ديانة وعلى الموصي أن يرجع عنها، وللورثة ألا ينفذوها إذا استطاعوا وإن كان القضاء يحكم بها. والوقف إذا كان بقصد الإضرار بالورثة واستطاع الواقف ألا يعلنه، وألا ينفذه وجب عليه ذلك وإن كان القضاء يلزم به. والشخص إذا تزوج بقصد إحلال المرأة لغيره لا يجوز له أن يباشرها ديانة بناء على هذا العقد، وإن أوجب عليه القضاء التنفيذ. والبائع بيعا محرما إذا استطاع الرجوع فيه وجب عليه ذلك ديانة، وإن ألزمه به القضاء والمخالع الذي ضار زوجته حتى حملها على أن تفتدي نفسها منه بمال لا يحل له أخذ ذلك المال ديانة وإن استطاع أخذه بالقضاء. والذي يشهد زورا بطلاق زوجة من زوجها فتطلق بناء على هذه الشهادة بواسطة القضاء لا يحل له أن يتزوجها بعد انقضاء عدتها من هذا الطلاق وإن كان القضاء لا يحول بينه وبينها إذا تزوجها وهكذا. وإذا ما وجد السبيل إلى معرفة ذلك ظاهرا أمكن أن يكون في متناول القضاء لأنه أصبح من الأمور الظاهرة.

واتصاف أي عمل أو عقد بهذين الحكمين في وقت واحد يدعو إلى النظر فيما يجب أن يكون بين هذين الحكمين من صلة وارتباط، فإذا كان أحدهما وهو ما يرجع إلى النية والباعث حظرا (أي حراما أو مكروها) فهل يجب أن يكون الثاني مقتضيا للإلغاء (أي الفساد والبطلان)؟ وبعبارة أخرى إذا عبث مال إنسان تخليصا له من متسلط جائر ظالم فماذا يكون الحكم؟ أيجب ضمان العيب أم لا يجب لأنك أتيت عملا مندوبا إليه؟. وإذا تزوجت لقصد الإحلال أيترتب على الزواج أثره وهو حل المتعة ظاهرا فلا يحال بينك وبين الزوجة أم لا يترتب فيحال بينك وبينها؟ وإذا بعت مالك بثمن مؤجل على أن تشتريه من مشتريه في الحال بثمن حال أقل أيترتب على هذا العقد أثره وهو نقل الملكية أم لا يترتب؟

ذلك مبحث اختلفت فيه الأنظار واقترفت فيه الآراء، فمن العلماء من يرى أن السبب إذا كان محظورا شرعا لم يترتب عليه أثره ظاهرًا. ومن هؤلاء بعض الحنابلة ومنهم من يرى أنه يترتب ما لم يقم دليل مادي على النية المحظورة، ومن هؤلاء الشافعي. ومنهم من يفصل، ولسنا الآن بصدد هذا البحث وليس الموضع موضعه فموضعه في العقد بالنسبة إلى العقد. وفي باب الضمان بالنسبة إلى الفعل المستوجب للضمان وهكذا، ونحن إنما نريد موازنة إجمالية عامة بين الشرعين .. ونتيجة ما تقدم أن الشرع الإسلامي يسن الأحكام لصلاح رابطة الإنسان بربه ورابطته بغيره من الناس والشرع الوضعي إنما يسنها لصلاح رابطته بالناس فقط.

وقد يقال إذا كان أحد الحكمين اللذين يوصف بهما الفعل وهو الحكم المبني على الظاهر هو مناط الإلزام القضائي فقط وعليه تقوم روابط الناس فما فائدة تعرض الشرع الإسلامي للحكم الآخر؟ وهل يزيد تعرضه له للحكم المبني على الباطن عن تعرضه للأوامر والمواعظ الأخلاقية ومثلها لم يتعرض له الشرع الوضعي لأن تعرضه له عديم الفائدة قليل الجدوى، لعدم استطاعة تنفيذه بوسائل القهر والإلزام وقد أردناه (الشرع الوضعي) سلطانا قاهرًا يسلك سبيل القوة والقسر ويترك سبيل العظة والإقناع لغيره كعلم الأخلاق.

إذا واجهنا مثل هذا الاعتراض فإننا ندفعه أولا بأن ذلك لا يمنعنا من أن نصور الواقع بصورته الواقعية الحقيقية دون النظر إلى أن هذه الصورة وهذا الوضع له فائدة أولا، ولأن في تعرض الشرع الإسلامي لهذه الناحية – ناحية الدين – وربط الأحكام الظاهرة بها فائدتين: إحداهما إزالة ما في الأحكام الجبرية من خشونة تدعو إلى النفرة منها والفرار من مواجهتها وتنفيذها. والثانية لفت القضاء إلى أن يراعي في أحكامه ما أمكنه تلك الناحية الدينية الأخلاقية فيجعل لها مجالا في التطبيق ما استطاع إلى ذلك سبيلا حتى يكون أقرب إلى غرضه في الإصلاح وتوفير الرضا وإقرار الطمأنينة والمحافظة على الحقوق.



سلطة سن الأحكام:

يعين دستور كل حكومة دستورية الهيئة التي تتولى سلطة سن الأحكام فيها وإن شئت قلت السلطة التشريعية. وقد نصت المادة ٢٤ من الدستور المصري على أن (السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسي الشيوخ والنواب)، وفي بعض البلاد الدستورية ينص دستورها على أن السلطة التشريعية يتولاها البرلمان وحده، وفي الحكومات المطلقة يتولى هذه السلطة الملك وحده أو هو ومن يشركهم معه في ذلك. وبناء على هذا يكون الشرع الوضعي من وضع الهيئات التي وكل إليها ذلك بمقتضى الدساتير أو من وضع الملوك ومن أشركوهم معهم في هذا الأمر وسند هذه السلطة ما للحكومة من سلطان.

أما الشرع الإسلامي فمن وضع الله - سبحانه وتعالى -، فلا حكم في الشريعة الإسلامية إلا لله. وفي ذلك نزل قوله تعالى: ﴿ ... إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ... ﴿٤٠﴾ ﴾ [يوسف]. أي ليس الحكم لشخص ولا لهيئة إلا الله تعالى.

تولى الله - سبحانه وتعالى - سن هذه الشريعة بما أنزله على رسوله محمد ﷺ من قرآن متلو، وبما أوحى إليه من بيان وبما أقره عليه من اجتهاد، قال تعالى: ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١٨﴾ ﴾ [الجاثية].

وقد ذكرنا أن بيانه تعالى لبعض هذه الأحكام قد جاء بطريق النص عليه صراحة في القرآن الكريم أو في السنة، وأن بيانه لبعضها الآخر قد جاء ضمنيًّا فيما وضعه من أسس وأصول شرعية جاء بها القرآن والسنة وفيما علل به بعض الأحكام فيهما من أسباب وفيما ضمنه كلا منهما من أغراض وأسرار وحكم، وبواسطة ذلك أقام الدلائل ونصب الأمارات التي تهدي أهل الذكر والعلم إلى ما يطلبونه من أحكام شرعها الله للحوادث التي تعرض عليهم.

واقتضت حكمته تعالى ألا ينص على هذه الأحكام صريحًا لأنها تختلف باختلاف الزمن وتتغير بتغير البيئات والأمم، وفي التصريح بأحكامها تقييد محظور، وفي تركه لكي تستنبط من القواعد العامة ويهتدى بواسطة الحكم والأغراض إلى ما يناسب كل طرف وكل أمة، مسايرة للتطور ومتابعة للظروف ومعالجة الداء بدوائه.

فإذا نظر هؤلاء وبحثوا فقد يصيبون حكم الله حقا، وقد يخطئونه فإن أصابوا فلهم أجران، وإن أخطئوا فلهم أجر النظر والبحث، وعلى أية حالة فليس ما يبينونه من الأحكام واجب الاتباع على الكافة لاحتمال الخطأ فيه، وإنما يتبعه أصحابه ما داموا على ظنهم في صوابه، كذلك يتبعه من استفتاهم من أهل التقليد، إلا إذا استفتوا أكثر من واحد فلهم أن يتخيروا بين ما أفتوا به من الأحكام.

ومن هذا يتبين أن أحكامهم ليست شريعة ملزمة وأنها لا تعدو أن تكون شرحا وبيانا لما شرع الله، وقد يصيبون في هذا الشرح وقد يخطئون، فكانوا من الواقع بمنزلة شراح القوانين الوضعية.

ولقد أعطى ولي الأمر ولاية حمل الناس على ما يختاره لهم من هذه الأحكام إذا رأى في حملهم عليها مصلحة عامة تقضي على الفوضى القضائية بينهم وعلى آثار الخلاف السيئة فيهم وتذهب بروح العصبية الذميمة للآراء لأنها آراء أشخاص معينين، ودليل ذلك قوله تعالى في سورة النساء: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ ... ﴿٥٩﴾ ﴾ [النساء]. قال القرطبي في تفسيره: تقدم الله - سبحانه وتعالى - في هذه الآية إلى الرعية فأمرهم بطاعته - جل وعز - أولا وهي امتثال أوامره واجتناب نواهيه. ثم بطاعة رسوله ﷺ ثانيا فيما أمر ونهى عنه، ثم بطاعة الأمراء ثالثا على قول الجمهور وإليه ذهب أبو هريرة وابن عباس وغيرهم. وهذا ما يؤيده كثير من الأحاديث المروية بطرق عديدة ذكر بعضها القرطبي وبعضها ابن كثير والبغوي في تفاسيرهم وكذلك فعل صاحب روح المعاني وغيرهم. قال سهل بن عبد الله: طاعة الإمام واجبة في سبعة: ضرب النقود، والمكاييل والموازين، والأحكام، والحج والجمعة، والعيدين، والجهاد. ولا تجب طاعتهم في معصية وإنما

في المباح والمندوب وبناء على ذلك إذا اختار الإمام طائفة من أحكام المجتهدين فأمر الناس باتباعها وقضاته بالفصل بها وجبت طاعته في ذلك، إذ ليس في ذلك معصية فقد كان للناس أن يفعلوا ذلك دون أمره، فإذا رأى مصلحتهم في ذلك فحملهم عليه كان واجب الطاعة ولزم الناس أن يعملوا بها لأن الإمام أمرهم بذلك، وأمره واجب الطاعة شرعا فيما ليس بمعصية، ولا شك أن هذه سلطة أعطاه إياها الشارع بالآية المتقدمة، فإذا استعملها على وجهها كان ما يأمر به واجب الطاعة، وكأن الله تعالى قد أمر به صريحا. ومثل ذلك أن يكل القانون إلى حاكم وضع لائحة في أمر معين فإذا وضعها الحاكم على وفق ما جاء في القانون كانت قانونا واجب العمل وكأن قد صدر بها قانون فعلا.

ذلك هم المجتهدون الذين عناهم الله تعالى وأمر بسؤالهم عند عدم العلم بما أنزل من قوله: ﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَا مِن قَبۡلِكَ إِلَّا رِجَالٗا نُّوحِيٓ إِلَيۡهِمۡۚ فَسۡـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ٤٣ بِٱلۡبَيِّنَٰتِ وَٱلزُّبُرِۗ وَأَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلذِّكۡرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيۡهِمۡ وَلَعَلَّهُمۡ يَتَفَكَّرُونَ ٤٤﴾ [النحل]. نزلت هاتان الآيتان في مشركي قريش حين استنكروا أن يكون رسول الله ﷺ رجلا منهم يوحى إليه، وأمرهم أن يتعرفوا ذلك من أهل الكتاب – أهل الذكر بينهم – إن كانوا لا يعلمون ذلك، ثم قال بالبينات والزبر أي أرسلناهم بالمعجزات والكتب، وأنزلنا إليك أيضًا الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون.

وبذلك يتبين أن الآية تدل بعبارتها على أن الله – سبحانه وتعالى – أوجب على من لا يعلم أن يسأل من يعلم من أهل الذكر، وهذا حكم عام لا يؤثر في عمومه ما ذكر معه من خصوص السبب، فمن جهل حكما شرعيا وجب عليه أن يسأل أهل الذكر من العلماء، فإذا أفتى وجب عليه العمل بما أفتى به، ولا عذر له إذا لم يسأل فبقي على جهله، وتدل بإشارتها على أن الله – سبحانه وتعالى – أوجب على الأمة أن يكون فيها طائفة من أهل الذكر والعلم ليسألهم الجاهلون منها، وفي هذا المعنى الإشاري قوله تعالى: ﴿۞ وَمَا كَانَ ٱلۡمُؤۡمِنُونَ لِيَنفِرُواْ كَآفَّةٗۚ فَلَوۡلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرۡقَةٖ مِّنۡهُمۡ طَآئِفَةٞ

﴿لِيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴿١٢٢﴾﴾ [التوبة].

فقد حث الله في هذه الآية المؤمنين على أن يوفدوا من بينهم طائفة لتعلم الدين وتفقهه وتعرف أحكامه حتى يقوموا فيهم بواجب الهداية والإرشاد وتعليم الأحكام، وكان الاجتهاد لذلك فرض عين على من استفتى منهم في حادثة وقعت وتعين للإفتاء فيها، وفرض كفاية إذا وجد غيره للإفتاء، فإن أفتى هو أو غيره سقط الفرض وإلا أثموا جميعا، أما فيما لم يحدث من الوقائع، فالاجتهاد في تعرف الحكم فيها وبيانه مندوب عند قوم مكروه عند آخرين.

وعلى هذا وضعت الشريعة الإسلامية وكفل بيانها للناس وقام بهذا البيان الواجب بعد وفاة الرسول ﷺ طائفة من أصحابه بلغت عدتهم نيفا وثلاثين ومائة تصدوا للاجتهاد والفتيا، وكانوا شديدي الحرص والحذر في اجتهادهم، يكرهون التسرع في الفتيا، ويود كل واحد منهم أن يكفيه إياها غيره، فإذا رأى أنه قد تعين لذلك اجتهد وأفتى، وقد ذكرنا أن ذلك العهد كان قليل الخلاف قريب الصواب لقربه من الرسول ﷺ واجتماع أهل الفتيا في بلد واحد وإمكان تشاورهم في الأمر، ولذا وثق المسلمون فيما بعد بما كان لهم فيه من آراء حتى إن بعض المجتهدين كان يحتج بها وبعضهم كان لا يسوغ الخروج عنها، ثم ما لبث الأمر بعد ذلك أن تغير فكثر الخلاف واتسع، وبدأت الفوضى في التشريع والاضطراب في القضاء وادعى الاجتهاد من ليس له بأهل، واختلفت الأحكام اختلافًا كبيرًا في المسألة فرؤى من المصلحة إغلاق باب الاجتهاد.

صدرت الفتيا بإغلاق باب الاجتهاد فمنعت العلماء من أن يجتهدوا إما اقتناعا بصوابها - أي الفتيا - وإما خوفا من الظهور بين العامة بمخالفتها، فقضت على زيادة الفوضى ولكن بعد انتشارها وكان ضررها في ظني يربو على منافعها، لأنها حالت دون نمو الفقه ومسايرته للتطور، وتدرجه مع الزمن، وأصابت العقول بالعقم، والأفكار بالضعف؛ ولو أتيح للأمة يومئذ أن تعالج الحال بما رآه ابن المقفع في رسالته إلى الخليفة المنصور لكان في ذلك الخير كل الخير، ولكانت سنة حسنة تقوى على

الدهر ويشتد ساعدها بمرور الزمن فتعم الأقطار الإسلامية، فتمتنع الفوضى، ولا يخمد الفقه.

جاء في هذه الرسالة أن القضاء لا يرجع فيه إلى قانون معروف وإنما هو متروك لرأي القضاة واجتهادهم، وتبع ذلك صدور الأحكام المتناقضة حتى في البلدة الواحدة. فتستحل دماء وفروج وأموال في ناحية من نواحي الكوفة وتحرم في ناحية أخرى تبعا لحكم القاضي، وكل ذلك نافذ على المسلمين؛ وأرى أن ترفع إلى أمير المؤمنين الأقضية والمسائل المختلف في أحكامها، ويرفع مع كل رأي دليله، ويعمد أمير المؤمنين إلى هذه الآراء وأدلتها، ويختار ما يراه صوابا ثم يدون ذلك في كتاب، ويعمل منه نسخا ترسل إلى الأمصار، ويلزم القضاة أن يحكموا به، فإذا حدثت حوادث سير فيها على هذا النحو ووجب على كل إمام يأتي بعد أن يدخل على هذا القانون ما يجد وما تدعو إليه الحاجة آخر الدهر.

لو أتيح للخليفة المنصور أن يأخذ بذلك الرأي لبقي الاجتهاد حركة مستمرة تنمي الفقه وتزيد في بحوثه على الدوام وفي سعة أفقه، ثم لا يمس ذلك أحكام القضاء إلا تهذيبا وتعديلا عند الحاجة، لبعد الخلاف عنها عندئذ، ولكنه لم يوفق إلى إجابة ذلك لأسباب لا نعلمها، وإن كنا نظن أنها ترجع يومئذ إلى صعوبة العمل وعدم استعداد العقول يومئذ لقبوله. على أن ذلك إذا لم يقبل في ذلك الزمن فهو اليوم مقبول، وإذا لم يفعله السلف فما الذي يمنعنا أن نقوم به وقد أصبحت موسوعات الشريعة ومراجعها وما دون فيها من بحوث وأفكار وما بنيت عليه من سنن وآثار ماثلة أمام أعيننا وبين أيدينا وأمامنا مع ذلك المثال الذي نحتذيه في الوضع والتأليف.

لقد تمت هذه الفكرة في مصر بالنسبة للمواريث، وهي الآن في طريق تمامها بالنسبة للوصية، وبعض مسائل الوقف، وعسى أن تسير في طريقها إلى النهاية فتعم كل الموضوعات مدنية وجنائية.. وفقنا الله إلى ما فيه الخير والرشاد ووقانا شرور الهوى وضلال العقل إنه سميع قريب.

مصادر الشرعين:

للشرع الوضعي المصادر الستة الآتية وإن شئت قلت للأحكام الوضعية التي يجب القضاء بها بين الناس المصادر الآتية (١) العادة، (٢) والدين، (٣) وسن الأحكام «التشريع»، (٤) وآراء الفقهاء والشراح، (٥) وأحكام المحاكم، (٦) وقواعد العدل والإنصاف.

فمن هذه المصادر الستة تؤخذ الأحكام الوضعية التي يلزم بها الناس وتقضي بها المحاكم، ومعنى ذلك أن الحادثة قد لا ينطبق عليها نص في القانون ويرفع النزاع فيها إلى المحكمة فتفصل فيه بحكم العادة. وبذلك تكون العادة قانونا. أو نزلت منزلة القانون وكذلك الحال إذا فصل فيها بناء على حكم ديني لم يسن به قانون، أو بناء على رأي للفقهاء، أو على أحكام صدرت من المحاكم أو بتطبيق قواعد العدل والإنصاف وإذن فبعض ما تقضي به هذه المصادر قد يعتبر قانونا ملزما.

أما الشرع الإسلامي فليس له إلا مصدر واحد هو حكم الله الذي جاء به القرآن والسنة، فقد علمت أن الأحكام الشرعية الفقهية قد سنت بهما على الوضع الذي بيناه من قبل، وهو أنهما قد تضمنا جميع الأحكام الشرعية. غير أن بعضها قد نص عليه فيهما صراحة. وبعضها الآخر قد أشير إليه، ودل عليه بما نصبه الشارع من الدلائل والأمارات.

وعلى ذلك فما جرت به العادة أو عرف الناس من أحكام لا يعد حكما لله، وإن شئت قلت لا يعتبر حكما شرعيا، ولا يلزم أحد باتباعه إلا إذا دل عليه دليل من الأدلة الشرعية التي عرفتها، إذ يتبين حينئذ من دلالته أنه شرع الله تعالى.

وكذلك الحال في أي حكم آخر جرى عليه القضاء، أو ارتآه الفقهاء، أو اقتضته قواعد العدل والإنصاف.

والنتيجة أن مجرد جريان العرف بحكم من الأحكام لا يجعله شريعة إلا إذا دعت إلى هذا الحكم مصلحة من المصالح التي يعتبرها الشارع، أو دل عليه

استحسان شرعي، أو قياس، أو انتظمته قاعدة شرعية عامة، فإنه حينئذ يكون شريعة لقيام الدليل الشرعي عليه، وهذا لا ينفي أن العرف تجب مراعاته في فهم الألفاظ والأساليب والعبارات التي تؤخذ منها الأحكام أو تبنى عليها، أو يتعامل الناس بمقتضاها أو يلزمون بها، فمن حلف أنه لا يضع قدمه في دار فلان لا يريد عرفا إلا أنه لا يدخلها ما دامت سكنا لفلان؛ ومن تزوج ولم يتعرض في العقد لتعجيل المهر أو تأجيله كان العرف قاضيًا بتأجيل بعضه على حسب ما اعتاد الناس، وذلك ما يعني بقولهم المعروف عرفا كالمشروط شرعا، وقد فهموا قوله ﷺ لحكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك. على معنى أن ذلك خاص بما يؤدي إلى النزاع. أما ما لا يؤدي إلى النزاع من ذلك البيع فجائز. فخصوا الحديث بالعرف. وأجازوا لذلك الاستصناع لا مخالفة للحديث، ولكن أجازوه للمصلحة المبينة للحديث. وعلى هذا الأساس أجازوا أيضا دخول الحمام قبل الاتفاق على مقدار زمن الاستعمال، وعلى مقدار الماء المحتاج إليه، وعلى مقدار الأجرة. وجاز التعامل في البر على اعتبار أنه موزون إذا جرى العرف بوزنه، وليس في ذلك مخالفة للنص الذي ورد بأي من المكيلات وأوجب المساواة فيه كيلا عند معاوضة جنسه بجنسه. وذلك لأنه بالعرف خرج منها ودخل في النص الوارد في الموزون، وعلى هذا يفسر قول الفقهاء: العادة محكمة، وقولهم: هذا اختلاف عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان.

ومثل ذلك يقال في أحكام القضاء؛ وآراء الفقهاء والشراح. فإنها لا تخرج عن أن تعد تفسيرا أو بيانا لما ورد من النصوص والأحكام، لا شرعا جديدا؛ وكذلك يقال في قواعد العدل والإنصاف فإنها لا تعدوا النظر أو المصالح المرسلة ولهذا لا ينظر إلى شيء من ذلك إذا ما خالف نصا صريحا جاء به الكتاب أو السنة.

ذكر ابن تيمية في الجزء الثالث من فتاويه وغيره من العلماء ما ملخصه ومرماه: «الأحكام الشرعية إما أن يكون مرجعها إلى بيان العبادات ووسائل التقرب إلى الله تعالى من صلاة وحج وصوم وما إلى ذلك، وإما أن يكون مرجعها تدبير أمور الدنيا والمعايش من أعمال وعادات ومعاملات. فما كان مرجعه العبادة والتقرب إلى الله

تعالى فالواجب الوقوف به عند النصوص الواردة فيه وعدم التجاوز لحدودها. فإن التقرب إليه - سبحانه وتعالى - يجب أن يكون على وفق ما طلب وأمر؛ لأن ذلك حقه ولا يعلم إلا من جهته. وأما ما كان مرجعه إلى بيان شئون الناس، وتدبير أمورهم الدنيوية في هذه الحياة، وتنظيم روابطهم القانونية؛ فكتاب الله صريح في أن أساسه رعاية مصالح الناس؛ وإقامتها على أسس من العدالة الشاملة، والمساواة الحكيمة، والنظام المستقر؛ مع دفع الضر والحرج عنهم». وليس في ذلك ريب مع قول الله تعالى: ﴿ ... يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ...﴿١٨٥﴾ ﴾ [البقرة]. ومع قوله تعالى: ﴿ ... وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ...﴿٧٨﴾ ﴾ [الحج]. ومع قوله تعالى: لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ...﴿٢٨٦﴾ ﴾ [البقرة]. ومع قوله في صفة النبي ﷺ: ﴿ ... يَأْمُرُهُم بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَىٰهُمْ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ ...﴿١٥٧﴾ ﴾ [الأعراف]. ومع قوله: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ﴿٢٨﴾ ﴾ [النساء]. ومع قوله: ﴿ ... وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ ...﴿٤٥﴾ ﴾ [العنكبوت]. ومع قوله: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ...﴿١٠٣﴾ ﴾ [التوبة]. ومع قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، ومع قوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»، وقوله ﷺ: «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»، وقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» إلى غير ذلك من الآيات البينات والكلمات النبوية المأثورات؛ وبهذا وسعت الشريعة الإسلامية حاجات الناس كافة في كل زمان ومكان. فكانت باقية على الدهر، قائمة في كل عصر، لا تقصر عن حاجة حقيقية، ولا تضيق بمصلحة عامة، وما أصيبت إلا من عقم العقول، وقصور النظر، وجمود الفكر، وضيق الأفق، ونظرة إلى ما كان عليه أصحاب رسول الله ﷺ في تفهمها، وما رأوه من تقرير الخراج، وعدم قطع يد السارق في عام المجاعة، وعدم إعطاء المؤلفة قلوبهم سهمهم والقضاء بالقرينة، وما أشبه ذلك مما نص عليه ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية تهديك إلى الطريق المستقيمة وتوجهك في فهمها الوجهة الرشيدة.



ما وضع لسن الشرعين من حدود:

في الحكومات المطلقة لا يتقيد سن القوانين والأحكام فيها إلا بإرادة الملك فإذا اتجهت إرادته إلى الخير كانت أحكامه عادلة لأنها استمدت من الخير أو أريد منها الخير والمصلحة وإذا اتجهت إلى توفير رغباته وشهواته الخاصة كانت أحكامه في جملتها جائرة إذ يقل الخير والصلاح في هذا المجال. وفي الحكومات الدستورية ذات الدستور المتبع يجب أن يكون سن الأحكام فيها على وفق الأصول التي تضمنتها دساتيرها فلا تنافيها ولا تخرج عنها وإلا كان الحكم المسنون حكما باطلا.

ذلك فيما يتعلق بالشرع الوضعي. أما الشرع الإسلامي فقد عرفت أنه من وضع الله سبحانه وتعالى.

وإذن فليس له من حدود إلا ما حده الله وكتبه على نفسه من الأصول والأغراض العامة التي لأجلها شرع هذه الشريعة للناس. وقد بينا هذه الأصول فيما سبق ويجمعها قوله تعالى: ﴿... كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَىٰ نَفْسِهِ ٱلرَّحْمَةَ ...﴿٥٤﴾﴾ [الأنعام]. فكانت شريعته رحيمة بالناس تكفل صلاحهم وسعادتهم وتحول دون ضررهم وفسادهم وشقوتهم. وقد تبينت فيما سبق أن سن أحكامها ليس لنا وإنما جعل لنا فقط حق الفهم والبيان والاستنباط عند الحاجة إلى ذلك؛ ويجب أن يكون هذا البيان محدودًا بتلك الأصول لا يتعداها ولا يخالفها وإلا كان باطلا، كما يجب أن يحد بحدود أخرى من تجاوزها فقد جار وظلم وأخطأ حكم الله، وهاك بيان هذه الحدود الأخيرة في إجمال.

١- إذا جاء بالحكم نص قطعي في ثبوته قطعي في دلالته عليه امتنع فيه التأويل والتبديل والتعديل، وكل اجتهاد يؤدي إلى ذلك اجتهاد باطل آثم ولذا قيل: لا مساغ للاجتهاد فيما ورد فيه نص قطعي صريح وذلك كما في توريث الأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين. فالتسوية بينهما في الميراث على أي وجه باطلة.

٢- إذا جاء بالحكم نص ظني بأن كان قطعي الثبوت ظني الدلالة أو ظني الثبوت قطعي الدلالة أو ظني الثبوت والدلالة فإنه يجب العمل بما دل عليه النص وهو

الحكم الذي يفيده. وللفهم والنظر مجال في بيان هذا الحكم واستنباطه وتعيينه ويجب أن يكون النظر في هذا المجال على الهدي القويم هدي رسول الله ﷺ فلا يتبع فيه الهوى وإنما ينظر المجتهد في دلالة النص مسترشدًا بروح الشريعة العامة متوخيًا المصلحة مهتديا بالأشباه والأمثال فيرجح مدلولا على مدلول بطريق من طرق الترجيح الأصولية المعتبرة فإذا حاد عن ذلك إلى حكم لا يدل عليه النص بدلالة من الدلالات المعتبرة شرعا كان عمله باطلا وكان الحكم باطلا.

٣- إذا لم يجئ بحكم الواقعة المعروضة نص ولم ينعقد إجماع على حكمها فمجال النظر فيها واسع، وعلى المجتهد أن يسلك في تعرف حكمها طريقا من الطرق الشرعية الموصلة إلى حكم الله تعالى فيقيسها على شبيه لها ورد فيه حكم أو يسترشد بالمصلحة المعتبرة إذا لم يجد لهذه الواقعة مثيلا ولا يجوز له أن يركب في ذلك هواه فإن الله تعالى يقول: ﴿ .. وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ .. ﴿٢٦﴾ ﴾ [ص].

تلك هي حدود التفسير والتأويل والاستنباط في الشريعة الإسلامية وهي حدود عامة تعم جميع المجتهدين فيها فتربطهم برباط واحد وتجمعهم في صعيد واحد مهما تباعدت بلادهم وتباينت جنسياتهم واختلفت أنظارهم، وعليه فليس اختلافهم في آرائهم إلا اختلافا فرعيا شأنه شأن أي خلاف في فهم مسألة من المسائل القانونية أو الاجتماعية. ومما تقدم يتبين أن سلطة سن الأحكام الوضعية لا يزال لها حق نسخ الأحكام وإبطالها ما دام ذلك لا يخالف الدستور.

أما الأحكام الشرعية فقد ثبتت واستقرت وأصبحت محكمة لأن سلطة النسخ لم تكن لغير الرسول ﷺ مبلغا عن ربه.

وأما تفسير الأحكام الوضعية فلفقهاء الشرع الوضعي في تأويلها وتفسيرها وتقييدها واسع الحرية، ومجال تفسيرهم أوسع من مجال الفقهاء الإسلاميين في تفسير نصوص الشريعة الإسلامية، فإن جميع طرق التفسير التي أقرها الشارع الإسلامي جائزة في تفسير الشرائع الوضعية ويتسع تفسير هذه الوقائع لأمور لا يتسع لها تفسير

النصوص الشرعية، نذكر منها ما يأتي:

١- قد يترتب على التفسير إلغاء قيد وارد في نص القانون وذلك كما في المادة ٥٢٥ مدني فرنسي فإنها تقضي بأن المرايا والتصاوير وأدوات الزينة الأخرى الموضوعة في الدور تكون عقارات بطريق التخصيص إذا كونت جزءًا من تخشيبة الحائط الموضوعة فيها. فإن المحاكم الفرنسية قد ذهبت في تفسير هذه المادة إلى إلغاء هذا الشرط وهو (إذا كونت جزءًا من الحائط الموضوع فيها) فقضت بأنها تعتبر عقارًا بطريق التخصيص وإن لم تكوّن جزءًا من التخشيبة متبعة في ذلك ما جرت به العادة من إلغاء التخشيبات، وهذا ما لا يجوز عند من يقول بمفهوم مخالفة الشرط من الشرعيين كالشافعية.

٢- إذا أخطأ الشارع في التعبير أو أتى بعبارة لا تدل على مراده أمكن إصلاح ذلك بطريق التفسير، وذلك كما في المادة ١١٨١ مدني فرنسي التي عرفت الشرط بأنه واقعة ماضية مع أنه يجب أن يكون مستقبلا.

٣- وكما في المادة ١٠٣ مدني أهلي، إذ نصت على أن الشرط أمر مستقبل أو غير محقق وهذا خطأ وصوابه أمر مستقبل غير محقق. وهذا غير متأت في النصوص الشرعية. أما في القرآن فمحال، لأن الخطأ محال على الله. وأما في السنة فلا يوجد، لأنه إذا وجد رد بسببه الحديث فلا يكون من السنة[١].

---

(١) راجع أصول القوانين لسعادة سيد باشا مصطفى ومحمد كامل مرسي بك.

الحــق

الاستعمال اللغوي والشرعي:

تستعمل كلمة الحق لغة فيما يأتي:

الثبوت والوجوب:

وفي هذه الحال تكون مصدرًا لحق، بمعنى ثبت ووجب تقول. حق الأمر حقًا إذا ثبت ووجب، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ لَقَدْ حَقَّ ٱلْقَوْلُ عَلَىٰٓ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ﴿٧﴾ ﴾ [يس]. أي ثبت ووجب عليهم، وقوله تعالى: ﴿ ... وَلَٰكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ ٱلْعَذَابِ عَلَى ٱلْكَٰفِرِينَ ﴿٧١﴾ ﴾ [الزمر]. **ومن هذا الاستعمال أطلقت كلمة الحق على المعاني الآتية:**

١- على الأمر الثابت الموجود كما في قوله تعالى: ﴿ ... قَدْ وَجَدْنَا مَا وَعَدَنَا رَبُّنَا حَقًّا فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا۟ نَعَمْ ... ﴿٤٤﴾ ﴾ [الأعراف]. أي وجدناه أمرًا ثابتًا موجودًا.

٢- على ما هو ضد الباطل، كما في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَلْبِسُوا۟ ٱلْحَقَّ بِٱلْبَٰطِلِ وَتَكْتُمُوا۟ ٱلْحَقَّ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٤٢﴾ ﴾ [البقرة].

٣- على اليقين: كما في قوله تعالى: ﴿ وَفِى ٱلسَّمَآءِ رِزْقُكُمْ وَمَا تُوعَدُونَ ﴿٢٢﴾ فَوَرَبِّ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ مِّثْلَ مَآ أَنَّكُمْ تَنطِقُونَ ﴿٢٣﴾ ﴾ [الذاريات]. أي فورب السماء والأرض إن ما ذكرناه لكم من رزقكم ووعدكم ليقين مثل نطقكم.

٤- على الله تعالى اسمًا أو صفة له، وذلك كما في قوله تعالى: ﴿ وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ ... ﴿٧١﴾ ﴾ [المؤمنون]. قال بعض المفسرين: لو اتبع الله أهواءهم فيما يأمر به وينهى عنه وقوله تعالى: ﴿ هُنَالِكَ ٱلْوَلَٰيَةُ لِلَّهِ ٱلْحَقِّ ... ﴿٤٤﴾ ﴾ [الكهف]. وقوله تعالى: ﴿ ... وَرُدُّوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ مَوْلَىٰهُمُ ٱلْحَقِّ ... ﴿٣٠﴾ ﴾ [يونس].

٥- وعلى الصدق، كما في قوله تعالى: ﴿ قَالَ فَٱلْحَقُّ وَٱلْحَقَّ أَقُولُ ﴿٨٤﴾ ﴾ [ص]. وقوله

تعالى: ﴿ ... أَلَيْسَ هَٰذَا بِالْحَقِّ ...(٣٤) ﴾ [الأحقاف]. وقوله تعالى: ﴿ لَهُ دَعْوَةُ الْحَقِّ ...(١٤) ﴾ [الرعد]. وقوله تعالى: ﴿ وَيَسْتَنبِئُونَكَ أَحَقٌّ هُوَ قُلْ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقٌّ ...(٥٣) ﴾ [يونس].

٦- وعلى العدل، كما في قوله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ ...(٢٠) ﴾ [غافر]. وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ...(٣٣) ﴾ [الإسراء]. وقوله تعالى: ﴿ ... وَيَقْتُلُونَ النَّبِيِّينَ بِغَيْرِ حَقٍّ ...(٢١) ﴾ [آل عمران].

٧- وعلى الحكمة كما في قوله تعالى: ﴿ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ بِالْحَقِّ ..(٧٣) ﴾ [الأنعام]. أي بالحكمة.

٨- على الواجب أو الحظ أوالنصيب كما في قوله تعالى: ﴿ ... مَا لَنَا فِي بَنَاتِكَ مِنْ حَقٍّ ...(٧٩) ﴾ [هود]. وقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ (٢٤) لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ (٢٥) ﴾ [المعارج]. وقوله تعالى: ﴿ ... وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ ...(١٤١) ﴾ [الأنعام]. أي ما وجب فيه من حظ.

٩- وعلى أحد الحقوق، وهو الحقة بالفتح والكسر إلا أن الحقة أخص منه؛ قال الأزهري تقول: هذه حقتي بالفتح والكسر بمعنى حقي؛ إلا أنه أوجب لك وأخص ومن هذا قوله تعالى: ﴿ ... وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ...(٢٨٢) ﴾ [البقرة]. ومن هذا القبيل إطلاقه على الملك لأنه ثابت للمالك.

١٠- وعلى الإسلام كما في قوله تعالى: ﴿ إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًا ..(١١٩) ﴾ [البقرة]. وقوله تعالى: ﴿ ... قَدْ جَاءَكُمُ الرَّسُولُ بِالْحَقِّ ...(١٧٠) ﴾ [النساء]. وقوله تعالى: ﴿ ... وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ ...(٢٩) ﴾ [التوبة]. وقيل في استعماله بمعنى الثبوت والوجوب: استحق الشيء أي استوجبه وصار له حقا وواجبا وثابتا ومنه قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا ...(١٠٧) ﴾ [المائدة]. أي لزمهما الإثم بسبب الخيانة؛ ويقال أيضًا: استحققت الرجل إذا طلبت منه حقك.

١١- الإثبات، وفي هذه الحال تكون مصدرًا لحق، بمعنى أثبت تقول: حقه يحقه حقًا وأحقه أي أثبته. ومعنى ذلك أن الشيء قد صار عنده حقا لا شك فيه، ويقال: أحقه بمعنى صيره حقا، وحقه بمعنى صدقه، وأحققته عليهم أي أوجبته وأثبته، ومنه قوله تعالى: ﴿ لِيُحِقَّ ٱلْحَقَّ وَيُبْطِلَ ٱلْبَٰطِلَ ...﴿٨﴾ ﴾ [الأنفال]. أي ليثبت الحق ويظهره. ومن كل ذلك يظهر أن معنى الثبوت والوجوب لا يفارق الكلمة في أي استعمال لها[١].

واستعمال الحق في لسان أهل الشرعين الإسلامي والوضعي لا يخرج عن هذه الاستعمالات اللغوية، فهم يستعملونه في الأمر الثابت الموجود مما هو خاص بالإنسان؛ فيقولون: من حقه أن يفعل كذا، ومن حقه أن يتملك، ومن حقه أن يقوم على هذا المال ويليه، ويستعملونه في الحظ والنصيب فيقولون: هذا حق فلان، وهذه العين حق فلان، ويستعملونه فيما يجب للإنسان قبل غيره، فيقولون: لفلان حق قبل فلان، وعلى فلان هذا أداؤه. ويستعملونه في مرافق العقار كالشرب والمسيل والمرور. ولعله في تعريف الدعوى قد استعمل في أوسع ما يدل عليه إذ يعرفون الدعوى بأنها قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه. فالحق المطلوب قد يكون عينا، وقد يكون منفعة، وقد يكون غير ذلك وكذلك ما يراد حمايته ودفع المعتدى عنه يكون عينا ويكون منفعة ويكون غير ذلك كحق الولاية، وعلى هذا يرى أنه عندهم على الجملة واحد الحقوق، وليس له عندهم معنى خاص بهم اصطلحوا عليه. ولعل ذلك كان السبب في أن فقهاء الإسلام لم يعنوا بذكر حد أو رسم له فيما وصل إلى يدي من كتبهم، وكأنهم رأوه لذلك واضح المعنى فاستغنوا عن تعريفه، وكذلك فعل من كتب في علم أصول الفقه، ولكن هذا التعليل غير مقنع، فقد رأينا أن استعماله كثير متنوع. وأن أنواعه متعددة مختلفة. وإذا أضفنا إلى هذا أنه يتنوع كذلك إلى حق مالي وحق أدبي وحق خلقي وحق اجتماعي، رأينا أنه في حاجة إلى تعريف حتى يتميز ذلك الحق الشرعي الذي يراد بيان أحكامه من غيره.

---

(١) راجع القاموس ولسان العرب والمصباح والأساس.

وربما كان هذا هو ما دعا بعض الكاتبين[1]. في علم الأصول إلى بيان المراد به في علم الأصول فقال بعد ما ذكر معناه العام وأنه الموجود: والمراد به هنا (حكم يثبت) وقد جاء هذا البيان كما ترى بيانا عاما مبينا لبعض جهات الحق دون بعضها الآخر، فأما عمومه فلأنه عرف الحق بأنه حكم ثابت، والحكم أعم من الحق، فإن من الأحكام ما لا يدخل في دائرة الحقوق كالأحكام الوضعية التي يكون بها الشيء سببا لمسبب؛ أو شرطا لمشروط، أو مانعا من حكم مثل جهالة المبيع أو الثمن فإنها تعد مانعا شرعيا من صحة عقد البيع؛ وهذا حكم وليس حقا لأحد.

وأما كشفه لبعض جهات الحق دون بعضها الآخر فلأنه عرف الحق بأنه حكم وذلك ينبئ عن منشئه. ذلك لأن الحكم لا يكون كما عرفت إلا لله تعالى. وعلى ذلك يكون الحق حكما من قبل الشارع. ويتبين أن الحق لا يكون حقا إلا إذا أقره الشارع. ولكن ذلك ليس كافيا في التعريف بالحق على وجه الكمال وتعريفه على وجه الكمال لا يتم إلا إذا روعيت أفراده وأنواعه المختلفة ولوحظ في تعريفه ذكر خصائصه المميزة له. وقد علمت أنه يطلق في لسان الشرعيين على كل مصلحة لها اختصاص بصاحب معين. وإن شئت قلت: منفعة أو فائدة سواء أكانت مادية أم أدبية مستحقة لمستحق يختص بها دون غيره وأن هذا الاختصاص يجب أن يكون مقررا شرعا كما يطلق كذلك على المال المملوك عقارا كان أو منقولا. وعلى مرافق العقار من ناحية ثبوتها له كحق الشرب وحق المسيل وحق المرور وحق المجرى وحق التعلي وحقوق الجوار ولكن دراستنا سوف لا تتناوله إلا باعتباره مصلحة مستحقة تقابل بالأعيان، ولذا نقصر تعريفنا عليه وحينئذ نستطيع أن نعرفه بما يتبين به ويتميز فنقول: إنه مصلحة مستحقة شرعا. ذلك لأن الحق يجب أن يكون مصلحة لمستحقه تتحقق بها فائدة مادية أو أدبية؛ ولا يمكن أن يكون ضررًا؛ فالضرر لا يسمى حقا ولا يجوز أن يقره الشارع على أنه ضرر، وبذلك يتناول التعريف كل ما يختص به الإنسان من منافع مادية أو أدبية، سواء أكانت هذه المنفعة أمرًا متعلقا بالمال كحق الملكية وحق الشفعة وحق

(١) هو محمد عبد الحليم بن محمد أمين اللكنوي ذكر ذلك في حاشيته في الأقمار على شرح المنار المسمى بنور الأنوار جـ٢ ص٢١٦ طبعة بولاق.

الخيار في أحد بدلي المعاوضة وحق الانتفاع بالأعيان وحق الولاية على المال، أم متعلقا بالنفس كحق التزويج وحق الحضانة والتربية، أم متعلقا بإقرار النظام والشرع كحق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإقامة الصلاة، أم متعلقا بنشر الدين كحق الجهاد والدعوة إلى الإسلام. ولا بد من أن تكون هذه المصلحة أو الفائدة مستحقة ومختصة بصاحبها حتى تسمى حقا له، وإذن فلا بد في الحق من تحقق الاختصاص، وليس من اللازم أن يترتب على هذا الحق واختصاص صاحبه به فائدة له، بل يكفي في إطلاق اسم الحق على المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوبة إليه، وعلى هذا يتناول التعريف حقوق الله تعالى؛ فإنه تعالى لا يناله فائدة منها، وإنما الفائدة لجميع الناس أو للمجتمع أو للمطالب بالحق وذلك كحق الله في عبادته، والإقرار بوحدانيته، وحق الله في إقامة الحدود، وإقامة الأحكام الشرعية وحق الله في الصلاة والزكاة والحج وغير ذلك مما تعود فائدته على الناس جماعات أو أفرادًا فكل هذه الحقوق مستحقة شرعا ويتناولها اسم الحق.

وبناء على ما ذكر يتبين لنا أن الحق بهذا المعنى لا يشمل الأعيان المملوكة، لأنها لا تسمى مصلحة، إذ المراد بالمصلحة أن تكون منفعة من المنافع، وليست الأعيان من المنافع، ويؤيد ذلك أن الفقهاء يذكرون الحقوق في مقابلة الأعيان، والحنفية منهم يذكرونها في مقابلة الأموال، ويقولون إن الحق ليس بمال، ويتبين كذلك أن الحق أعم من منفعة الدين فإنه قد يكون منفعة متعلقة بعين كحق الانتفاع بعين من الأعيان، وقد يكون منفعة لا تتعلق بعين، كحق الحياة وحق الولد في أن يُنفق عليه والده، وكحق الحرية وغير ذلك من الحقوق.

ذلك هو المراد بالحق عند فقهاء الإسلام، وهو قريب من معناه المراد منه عند فقهاء القانون، إذ إن بعضهم يعرفه بأنه (فائدة مادية أو أدبية، مقررة لشخص قبل غيره يحميها القانون بإعطاء صاحبها قوة تمكنه من الاستمتاع بها على وجهه المشروع) ويعرفه آخرون بأنه أهلية في الشخص يتسلط بها على أعمال غيره بموافقة الحاكم ومساعدته[1] ويعرفه آخرون (إنه مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون) وقد نظر

(١) راجع أصول القوانين لسيد باشا وكامل مرسي بك.

صاحب التعريف الأول إلى موضوع الحق، ونظر صاحب التعريف الثاني إلى ما للحق من قوة وسلطة مستمدة من القانون. أما التعريف الثالث فقد نحا نحو التعريف الأول بأسلوب موجز مفيد، إذ رأى أن حماية القانون لا تكون إلا لمنفعة مستحقة ولا تتحقق لما يفيضه على المستحق من سلطان وقوة فاكتفى في تعريفه بما ذكره.

ولا شك أن تعريف الحق بهذه التعاريف الثلاثة يجعله مقتصرًا على الحقوق الثابتة للناس بعضهم على بعض بمقتضى القانون ولا يشمل ما توجبه الأخلاق وآداب السلوك والتقاليد الموروثة والعادات من الحقوق ولا ما يتطلبه الله -سبحانه وتعالى- من عباده من قربات دينية، ومرجع هذا إلى أن القانون لا يتعرض لهذا، وإنما يقتصر على ما يمكن حمايته بوسائل القهر والقمع. أما فقهاء الشرع الإسلامي فيريدون منه ما يتناول كثيرًا من ذلك، لأن الشارع الإسلامي كما عرفت يأمر بكل فضيلة ويقر كل مصلحة ولا يقتصر في ذلك على ما تمكن حمايته بوسائل القوة والسلطان، بل يتجاوز ذلك إلى ما يحميه الخلق والدين، وعلى هذا يكون الحق في لسانهم أعم منه في لسان القانونيين من وجه وأخص منه من وجه، فقد يكون الحق قانونيا ولا يكون شرعيا إلا إذا كان الشارع الإسلامي لا يقره كما في حق الدائن في الفائدة الربوية[1] وقد يكون الحق شرعيا وليس قانونيا، كحق الصلاة. وقد يكون شرعيا وقانونيا كحق الدين.

وعلى هذا فبعض الحقوق الشرعية ليست قانونية وبعض الحقوق القانونية ليست شرعية وبعض الحقوق تعتبر حقوقا في الشرعين معًا.

الواجب:

تبين لنا من تعريف الحق أنه يجب أن يكون له صاحب يستحقه ويختص به دون غيره، وذلك يستلزم في جميع الأحوال حمايته ومنع التعدي عليه، إذ لو جاز أن يمنع منه صاحبه لم يكن حقا له. غاية الأمر أن وسائل حمايته تختلف باختلاف نوعه، فإذا كان حقا قانونيا كانت حمايته بوسائل القوة والقهر، وإذا كان حقا أخلاقيا أو دينيا كانت حمايته بوسائل مرجعها في الغالب إلى العظة والتذكير وإنكار الرأي العام

(١) راجع أصول القوانين للسنهوري بك والأستاذ حشمت والموجز لعبد الرازق السنهوري بك.

والتعرض لغضب الله تعالى وعقابه. وحمايتها تقتضي إسلام الناس لها وذلك بعدم التعرض لها.

وهذا ما يعبر عنه علماء القانون بالواجب على الكافة الذي يقابل الحق فيقولون إن كل حق يقابله واجب على الناس جميعا هو الإذعان له والتسليم وعدم الاعتداء عليه والتعرض لصاحبه بمنعه منه حتى يتمكن من التمتع به دون ممانعة، ويصفونه بأنه واجب سلبي لأن القيام به لا يتطلب عملا إيجابيا بل هو مجرد امتناع وتسليم بالحق.

وإذا كان الحق منفعة لشخص ما قبل غيره كان في مقابلته واجب آخر خلاف الواجب السابق، وهو قيام المطالب به بأدائه إلى صاحبه. ويقولون إن هذا الواجب إيجابي لأن القيام به يتطلب عملا إيجابيا لا امتناعا عن عمل. فقيام المطالب به لا يتم إلا بعمل خارجي. كأداء الدين إلى الدائن، وكتسليم البائع المبيع إلى المشتري وعلى ذلك يكون كل من الحق والواجب في هذه الحال واحدا غير أنه بالنسبة إلى طالبه يسمى حقا، وبالنسبة إلى المطالب به يسمى واجبا وذلك كالدين، فإنه يسمى بالنسبة إلى الدائن حقا، وبالنسبة إلى المدين واجبا، ومن هذا يتبين أن هذا النوع من الحقوق يقابله واجبان: واجب على الكافة وواجب على المطالب به، وأما غيره كحق الملكية مثلا فلا يقابله إلا واجب واحد هو الواجب على الكافة.

ومما يلاحظ في هذا الموضوع أن فقهاء الإسلام لم يعنوا بذكر هذا البيان ولا بمراعاة التفرقة في التسمية بين الحق والواجب عند كلامهم على الحقوق، فنراهم يستعملون اسم الحق في الجانبين: جانب الدائن، وجانب المدين على السواء. فيقولون "في جانب الطالب" هذا حقه أو حق له و "في جانب المطالب" هذا حق عليه، وقل أن يقولوا: هذا واجب عليه. وليس لذلك كبير أهمية ما دام الموضوع ليس محلا للخلاف.

وإذن فالحق إذا كان منفعة تتعلق بعين مملوكة لشخص آخر فعلى ذلك الشخص واجب هو أن يسلم العين إلى صاحب الحق ليستوفي حقه منها كما هو الحال في المؤجر

والمستأجر والورثة والموصي له بالمنفعة. وعلى الجملة فالحق إذا كان ماليا كان الواجب ماليا، وإذا كان أدبيا كان الواجب كذلك أدبيا وهكذا.

وإذا عرفت أن وجود الحق يستلزم وجود واجب أو واجبين على حسب ما بينا فهل ينعكس هذا التلازم انعكاسا صحيحا مطردًا فيكون وجود الواجب مستلزما لوجود الحق؟

الجواب عن ذلك بيّن من الناحية الشرعية، فإن الواجب لا يكون واجبا في الشريعة إلا إذا كان مطلوبا من الشارع طلبا حتما، ذلك أن منشأ الوجوب هو الطلب الحتم وإذا وجد الطلب الحتم وجد الحق ضرورة، إذ لا يكون إلا بحق، ولا مظهر للحق إلا المطالبة به في الحال أو الاستقبال، وعلى هذا فوجود الواجب يستلزم وجود الحق. غير أن هذا الحق قد يكون لله تعالى إذا لم يكن له اختصاص بأشخاص معينين بل يرى أن مرجع المنفعة فيه والفائدة إلى المجتمع كما سيأتي، وذلك كما في وجوب إقامة الحدود، مثل حد الزنا والسرقة، وإقامة شعائر العبادة، وأداء الزكاة، والضرائب فإنها واجبات ترجع المنفعة فيها إلى المجتمع؛ فكانت حقوقا لله تعالى، لعدم اختصاص أحد بها، وهذا النوع هو ما قد يسميه بعض علماء القانون بحق الحاكم.

وقد يكون لشخص معين إذا كان له اختصاص بمعين كما في وجوب أداء الدين على الكفيل، ووجوب القيام بالعمل على الأجير، فإنها واجبات ترجع المنفعة في طلبها إلى الدائن أو المستأجر، فكان أداء الدين حقا للدائن وقيام الأجير بالعمل حقا للمستأجر؛ لاختصاص كل حق بصاحبه.

وجواب علماء القانون عن هذا السؤال لا يختلف عن هذا الجواب السابق عند التدقيق في النظر؛ فإن الواجب عندهم لا يتحقق إلا إذا أقره القانون وطلبه فإن أقره حقا لشخص أو لأشخاص معينين وجعل حق المطالبة به لهم فقد تحقق الحق بتحقق الواجب، لأنهما حينئذ يكونان شيئًا واحدًا لا تعدد له إلا بالاعتبار كما قدمنا، وذلك كما في وجوب تسليم المبيع على البائع وكما في وجوب تسليم العين المستأجرة على المؤجر وكما في وجوب أداء الدين على المدين، فكل هذه واجبات أقرها القانون

للمشتري والمستأجر والدائن وجعل لهم حق المطالبة بها فكانت حقوقا لهم، وإن أقره مراعاة للمصلحة العامة وجعل المطالبة بتنفيذه للحاكم فهو حق الحاكم أسند إليه لأنه المطالب به وإن كانت المصلحة فيه إلى المجتمع وذلك كما في وجوب الخراج والضرائب المختلفة وعدم الاعتداء على النفس "نفس المعتدي" أو على الحيوان، فإنها واجبات أقرها القانون لما فيها من مصلحة للمجتمع، وجعل حق المطالبة بتنفيذها إلى الحاكم لعدم اختصاص شخص بها، فسميت لذلك بحقوق الحاكم، وعلى كلتا الحالين يرى أن وجود الواجب يستلزم وجود الحق كما أن وجود الحق يستلزم وجود الواجب.

منشأ الحقوق:

بينّا فيما مضى أن الحق في الشريعة الإسلامية نوع من الحكم، وأن الحكم لله تعالى. وإذن فمصادر الحقوق في الشريعة الإسلامية هي أدلة الأحكام ومصادرها، وليس يوجد حق شرعي من غير دليل يدل عليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، وكذلك الحال في الحقوق عند فقهاء القانون، لا تنشأ عندهم إلا من قانون بل ليس من الممكن أن يوجد قانون دون أن يترتب على وجوده حقوق؛ فإن القانون ليس إلا مجموعة من القواعد التي تنظم الروابط بين أفراد المجتمع وذلك ببيان حق كل إنسان والواجب عليه. وكذلك الحقوق الأخلاقية لا تنشأ إلا من قواعد الأخلاق والحقوق الاجتماعية لا تنشأ إلا من قواعد الآداب والسلوك والتقاليد والعادات. ولذا نجد أن هذه الحقوق تختلف باختلاف الأمم، فما يكون حقا عند أمة لعادة تقضي بذلك لا يكون حقا عند أمة أخرى لانعدام هذه العادة عندهم، وذلك كالميراث فقد كان حقا للمرأة عند الرومان[1]. ولم يكن حقا لها عند بعض القبائل العربية. ولا مرجع لذلك إلا التقاليد، وبناء على ذلك فلا يوجد من الحقوق ما يعتبر في ذاته وطبيعته حقا من غير نظر إلى دين أو قانون أو سلوك. ومن هذا يتبين أن التلازم بين الحقوق ومنشئها واضح فلا توجد تلك القواعد دون أن تنشأ عنها حقوق، لا يوجد الحق دون أن يكون ناشئا عن تلك القواعد.

(١) راجع مبادئ القانون الروماني لعلي بك بدوي.

ولما كانت هذه القواعد لا يمكن أن تنشأ ولا أن توجد إلا في مجتمع لأنها عبارة عن نظام الروابط بين أفراده لم يمكن أن يكون للحق وجود إلا في مجتمع.

أنواع الحق:

فصل علماء القانون الكلام في التعريف بالحق، فبعد أن بينوه برسمه بينوه كذلك بذكر أقسامه وأنواعه. فقسموه بالنظر إلى معناه وبالنظر إلى من يطلب منه. وبالنظر إلى موضوعه. وبالنظر إلى ثمرته، وبالنظر إلى وجوده واستقلاله؛ فتكشفت مواضعه المتعددة، وظهرت معانيه المتنوعة، وتبينت ثمراته المختلفة، وانكشفت حالاته الكثيرة، وكانت قسمتهم إياه في أكثر أحوالها بقصد بيانه وتعريفه لا لتفصيل أحكامه، لأن كثيرًا من أقسامه المختلفة متحدة الأحكام وفي باقيها للغرضين جميعا، الغرض السابق والقصد إلى بيان ما تتمايز به أنواعه من الأحكام.

ومن المستحسن أن نترسم طريقهم لينجلي لنا معنى الحق في الشرعين، ونستطيع الموازنة بين النظرين وهاك قسمتهم:

١- قسمته بالنظر إلى صلته بغير صاحبه:

قسم علماء القانون الحق بالنظر إلى هذه الناحية قسمين: حق مطلق وحق نسبي. فالمطلق هو ما لا يطالب بموجبه شخص معين، بل هو مجرد امتياز لصاحبه، وإن شئت قلت مجرد فائدة اختص بها صاحبها بإقرار من القانون فحماها بسلطانه من التعدي عليها. ولذا يرى أنه لا يتضمن مطالبة أحد بفعل إيجابي. ومن أمثلته: حق الملكية وجميع الحقوق السياسية والحقوق العامة التي تثبت للإنسان باعتباره إنسانا له الحق في أن يأمن على نفسه وعلى ماله وعلى عرضه وعلى مسكنه، وكذلك حق الولاية والحضانة، والنسبي ما طولب بموجبه شخص معين أو أكثر. ولا ينشأ إلا عن تعاقد يقضي بأن يكون أحد طرفيه طالبا والآخر مطالبا أو عن التزام من طرف واحد. ولذلك ترى أنه دائمًا يتضمن مطالبة الملتزم في الحالين بفعل هو عمل إيجابي، أو بفعل هو كف. وذلك ما يعبر عنه علماء القانون بالواجب السلبي. ومن أمثلته:

حق الدائن في دينه وحق مستأجر العين في استيلائه عليها. وحق المرتهن في وضع يده على الرهن. وبهذه القسمة يظهر الفرق بين حقوق الملكية وحقوق الالتزامات. فالأولى حقوق مطلقة والثانية نسبية.

وهذا النوع من القسمة لم يتعرض له فقهاء الإسلام فيما رأيت وإن كان بيانهم للحقوق لا يتعارض معه، لأنه للبيان، وليس البيان إلا وصفًا لحقائق الأشياء على ما هي عليه فإذا كان صادقا وجب ألا يكون محلا للخلاف.

٢- قسمة الحق بالنظر إلى ما يقتضيه:

يقسم علماء القانون الحق بالنظر إلى هذه الناحية قسمين: إيجابي وسلبي، فالحق الإيجابي ما قابله واجب إيجابي يلزم المطالب بأدائه فيوفيه بعمل إيجابي يقوم به، وذلك كحق الدائن في دينه فإن المدين مطالب بموجبه بأن يؤدي إلى الدائن هذا الدين نقدا وهو لا يكون إلا حقا نسبيا والحق السلبي ما قابله واجب سلبي يلزم المطالب به وهو الكف وعدم التعرض لصاحب الحق في التمتع بحقه. وقد يكون مطلقا كحق الملكية وكالحقوق السياسية والحقوق العامة. وقد يكون نسبيا وذلك كحق المؤجر على الأجير الخاص أن يمتنع عن أي عمل لغير مستأجره. فالثلاثة الأولى تقتضي من جميع الناس ألا يتعرضوا لصاحبها في أن يتمتع بحقه، والأخير يقتضي أيضا من الأجير أن يمتنع عن أن يعمل لغير مستأجره عملا وكلاهما واجب سلبي.

وهذا النوع من التقسيم الغرض منه البيان شأنه بالنسبة إلى الفقه الإسلامي شأن سابقه.

٣- قسمته بالنظر إلى وجوده:

ويقسمونه بالنظر إلى هذه الناحية قسمين:

حق أصلي وحق تبعي. فالأول ما وجد استقلالا غير تابع لوجود حق آخر كحق الدين وحق الولاية وحق الحضانة وحق الحياة. والثاني ما كان وجوده تابعا لوجود حق آخر سابق عليه كحق الرهن وحق الكفالة فإن كلا منهما يتبع في وجوده

وجود حق آخر هو حق الدين وهذا التقسيم مع ما فيه من بيان له أهمية تظهر في بيان الحقوق التبعية التي تزول وتنعدم بزوال الحقوق الأصلية التي تتبعها فإذا سقط الدين لسبب لم يبق لحق الكفالة ولا لحق الرهن وجود. وأما الحقوق الأصلية فلا تتأثر بزوال الحقوق التابعة لها. وكل هذا يقره الفقه الإسلامي.

٤- قسمته بالنظر إلى استقلاله. ويقسمونه بالنظر إلى استقلاله قسمين:

حق مستقل بنفسه وهو في نفسه غاية صاحبه، وحق هو وسيلة إلى نيل حق آخر. فالأول كحق المشتري في تسلم المبيع وحق المالك في ملكه.

والثاني كحق رفع الدعوى والمخاصمة لإثبات حق من هذه الحقوق أو نيلها أو طلب التعويض عنها عند الاعتداء عليها. وهذا الحق لا ينشأ إلا عند الامتناع عن القيام بالواجب الذي يقتضيه الحق وهذه القسمة أيضا بيانية.

٥- قسمته بالنظر إلى حمايته:

ويقسمونه بالنظر إلى هذه الناحية قسمين: حق تام وحق ناقص. فالتام ما تقبل دعوى المطالبة به أمام القضاء والناقص ما لا تقبل دعوى المطالبة به أمام القضاء، وإن شئت قلت: إن التام ما يقر القانون وجوده، ويكفل تنفيذه، والناقص: ما يقر القانون وجوده ولا يكفل تنفيذه.

ومثال الأول الحقوق المدنية الناشئة عن التزام قائم كالدين قبل مضي مدة التقادم عليه. وكذلك حق الملكية وغيرها مما يمكن رفع الدعوى به أمام القضاء.

ومثال الثاني جميع الحقوق المستندة إلى التزام طبيعي فهذا النوع من الحقوق لا يكفل القانون تنفيذه فلا يقبل الادعاء به أمام القضاء ولكن يقره القانون فإذا قام المدين بالوفاء به اختيارًا لم يجز له بعد ذلك أن يسترده. لأنه وفى بدين قائم ومشغولة به ذمته، فلم يبق موجب لجواز استرداده.

ويقولون: إن الالتزام الطبيعي التزام يقره القانون إلى درجة ما. وبذلك يرتفع

عن الالتزامات الأدبية المحضة، وينخفض عن الالتزامات المدنية القانونية. فهو في منزلة بين المنزلتين[1].

ولارتفاعه عن منزلة الأدبي ينشأ عنه حق قانوني ناقص وهو حق يستتبع بعض الآثار القانونية للحق التام من شغل الذمة وعدم جواز الاسترداد بعد القيام بالوفاء اختيارًا.

والحقوق الناقصة نوعان: الأول حقوق أدبية ارتفعت إلى حقوق طبيعية وإن شئت قلت إلى حقوق قانونية ناقصة، وذلك بموجب عوامل اجتماعية وذلك كحق الإنسان في إجازته على خدمة قام بها لآخر إذا لم يكن بها التزام مدني، وحق الشخص في أن يأخذ نفقته من قريب له لا تجب عليه نفقته قانونا، وحق البنت في أن يكمل جهازها والدها. ومنه كذلك دين المقامرة عند بعضهم وما يعطي جزاء معاشرة غير شرعية بعد انتهائها وحق المرأة في تعويضها عن إغواء غير مصحوب بغش.

فهذه كلها حقوق غير قانونية رفعتها العادة أو العرف أو التقاليد أو آراء الفقهاء وأحكام المحاكم إلى مرتبة حقوق تشغل الذمة ولكنها لم تصل بعد إلى منزلة حقوق قانونية يقضي بالتزامها كل أولئك قضاء ليس محلا للشك والتردد. وعلى ذلك فإن هذه الحقوق لا يزال إثبات الوجود القانوني لها محلا للنظر ولذا يرى أنها محل لخلاف فقهاء القانون أو القضاة. منهم من يراها قانونية ومنهم من يتردد في ذلك.

---

(١) ولبيان الفرق بين الالتزامات الثلاث المذكورة نضرب المثل الآتي: إذا قام فقير بإنقاذ رجل غني من الغرق فإننا نلاحظ أن الغني ملتزم بثلاث التزامات تترتب عليها ثلاثة حقوق من أنواع مختلفة النوع.

١- التزام الغني بأن يعوض الفقير عن كل خسارة لحقته في سبيل قيامه بالإنقاذ. وهذا الالتزام ينشأ عنه حق تام وتشغل به الذمة ويطالب به أمام القضاء.

٢- التزام الغني بأن يقدم إليه جائزة جزاء قيامه بإنقاذه من الغرق وإن لم تلحقه في هذا السبيل خسارة، وهذا التزام طبيعي ينشأ عنه حق قانوني ناقص ولا يجوز المطالبة به أمام القضاء، ولكن إذا قام الغني فقدم إلى الفقير في هذه الحال مبلغا من النقود اختيارًا فقد وفى بدين في ذمته ولم يجز له بعد ذلك أن يسترده.

٣- التزام الغني بأن يقوم بشكر ذلك الفقير الذي أنقذه وهذا التزام أدبي ينشأ عنه حق أدبي لا قانوني، فلا تشغل به ذمة ولا يطالب به الغني أمام القضاء.

الثاني: حقوق كانت تامة ثم انقلبت ناقصة وذلك كحق الدائن في دين لم يستطع إثباته، فرفض القاضي الادعاء به سواء أكان ذلك بعد أن وجهت إلى المدعى عليه اليمين الحاسمة أم لا. وكحق مضت عليه مدة التقادم فتمسك بها المدين ولم يقبل للدائن بسبب ذلك دعوى فيه. فإن هذه الحقوق كانت قائمة في ابتداء الأمر وكانت تامة لها كل أحكام الحقوق، وهي بعد ذلك لم تزل باقية شاغلة لذمة المدين لأن مضي المدة لا يذهب بالحق نفسه ولا يسقطه، وكذلك الحكم برفض الدعوى به، ولكن انحطت منزلتها لفقدانها وسيلة حمايتها وهي حق الدعوى بها؛ ولذا قالوا ينبغي أن يقوم المدين بوفائها إبراء وتخليصًا لذمته وإن لم يجبره القانون على ذلك.

والذي نلاحظه: أن الالتزام الذي نشأت عنه هذه الحقوق ليس واحدًا في نوعيها المذكورين وإن شئت قلت ليس في مرتبة واحدة من القوة، فهو في أحدهما متخلف عن التزام قانوني صحيح له كل مظاهر الالتزام وأحكامه وآثاره ولذا كان التزامًا بالمعنى الكامل للالتزام ولكن انتقص الشارع منه بعض آثاره لحكمة رآها قاضية بذلك. وهذا هو الالتزام الذي يستند إليه النوع الثاني من الحقوق الناقصة فقد كانت هذه الحقوق تامة ناشئة عن التزام كامل ولكن حين رؤي أنها فقدت وسائل إثباتها وأن النزاع فيها يجب أن ينتهي عند حد وغاية، وألا يترك معلقا طول الزمن لكي تستقر النفوس وتتوافر الطمأنينة، سلبت ما كانت تتمتع به من حماية وحيل بينها وبين القضاء والمخاصمة فيها أمامه، وترك أمر ذلك لما في النفوس من نوازع تنزع إلى الخير حتى إذا كانت تلك النوازع قوية التأثير قامت بما يقوم به القضاء فوفيت هذه الحقوق[1].

وهذا التحليل يتفق مع ما يراه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا النوع من الحقوق فالحق عندهم على الجملة إذا وجد لا يزول ولا ينعدم إلا بالوفاء أو الإبراء[2] أما مضي المدة والحكم برفض الدعوى به فلا يؤثر في وجوده، بل يظل على حالته

(١) راجع الموجز للدكتور السنهوري بك.
(٢) ذلك هو الأصل في البراءة من الحقوق وهذا لا ينافي أن الحنفية يرون أن بعض الحقوق في منزلة دنيا فتسقط عندهم بما يسقط به الحق العادي وتسقط أيضا بغير ذلك كمضي مدة معينة أو بالنشوز وذلك كدين نفقة الزوجة ودين نفقة الأقارب في بعض الأحوال التي لا يأمر القاضي فيها بالاستدانة وتفصيل ذلك يطلب في محله.

ولذلك لا يكون مضي المدة مانعا عندهم من سماع الدعوى بالحق إذا ما أقر به المدين متمسكا بالدفع بمضي المدة بل تسمع ويحكم به ولا يكون الحكم برفض الادعاء به مانعا من إعادة الادعاء به إذا ما وجد له المدعي دليلا بعد ذلك[1] وإذا فرض أن لا دليل له فهو مع ذلك موجود مأمور بأدائه ديانة، ولا تزال ذمته مشغولة به، وعدم الوفاء به مع القدرة عليه يستوجب عقاب الله وغضبه، ومن هذا يظهر أن الفرق بين النظرين يسير فالفقه الوضعي يمنع الادعاء به في جميع الأحوال والفقه الإسلامي لا يمنعه في جميع الأحوال إذا ما رفضت الدعوى به لعدم الدليل أما إذا رفضت لمضي المدة فلا تسمع ما دام المدعى عليه منكرًا للحق غير مقر به، أما إذا أقر به فإنها تسمع. وأما النوع الآخر فالالتزام فيه أقل قوة وأحط مرتبة. مرجعه كما يرى إلى ما بيننا من العرف والعادة أو أحكام المحاكم أو آراء الشراح وكل أولئك يعد مصدرًا من مصادر القانون، ولكن ما يستند إليه من ذلك لم يبلغ في قوته الدرجة التي تذهب بالتردد والشك في ثبوت ما ينبني عليه من حق وفي قانونيته. وهذا يتراءى فيما يرى من خلاف فيه بين الفقهاء، وإن القضاء لم ينته فيه إلى رأي قطعي فاختلفت فيه الأحكام، وذلك كدين المقامرة وغيرها مما مثل به هذا النوع من الحقوق.

ويتضح من ذلك: أن هذا النوع من الالتزام لا تقره الشريعة لما قدمنا من أن إقرارها لا يكون إلا بحكم يجيء به كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس أو تقضي به مصلحة؛ ولهذا لم يكن هذا النوع من الحقوق حقوقا قانونية معترفا بها من الشريعة الإسلامية، بل منه ما يعد أدبا وفضيلة وذلك ما يرجع فيه لقواعد الأخلاق والسلوك، وذلك كاتفاق القريب على قريبه وقيام الأب بتجهيز ابنته ومكافأة من أعان ضعيفا ومنها ما يعتبر سحتا وإثما كدين المقامرة. وعند القيام بأداء الأول «كالنفقة والتجهيز»

---

(١) تنص المادة ١٩٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه إذا حكم برفض الدعوى للعجز عن إثباتها أو لاعتبار المدعي عاجزا عن إثباتها لم تسمع منه مرة أخرة بعد ذلك. وتنص المادة ١٩٤ والمادة ١٩٥ على أنه يجوز أن يحكم باعتباره عاجزا عن الإثبات إذا كلف بإثبات دعواه فلم يأت بدليل مفيد وتكرر ذلك منه ثلاث جلسات وكذلك إذا كلف حصر شهوده وأدلته وتقديمها في مجلس معين فلم يفعل أو أتى بها لا يفيد. وعلى هذا فالحق الذي رفض الادعاء به في هذه الحال يسمى حقا ناقصا أو حقا ديانة وليس يفوتنا أن ذلك حكم وضعي لا شرعي.

يعتبر هذا الأداء تمليكًا مبتدأ لا وفاء بحق وعلى ذلك تجرى عليه أحكام التمليك فإن كان من قبيل الصدقة امتنع الرجوع فيه وإن كان من قبيل الهبة جاز الرجوع فيه إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة[1].

وعند القيام بأداء الثاني «كدين المقامرة» فإن كان بنية وفاء حق لم يفد تمليكًا ووجب الرجوع فيه كما يجب على آخذه رده. وإن كان بنية التمليك فقد خرج على موضوعنا وأصبح تمليكا يدعو إليه غرض محرم[2] وعلى كل حال فهو إثم وأمر يكرهه الشارع.

وقد علمت من هذا أن الحق الناقص لا يقبل الادعاء به أمام القضاء عند فقهاء القانون. ولهذا شبيه عند فقهاء الشريعة الإسلامية فإنهم كغيرهم يجعلون الدعوى وسيلة للمحافظة على الحقوق فترفع بها الدعوى أمام القضاء لإثباتها أو طلب إيفائها ولكن إذا مضى على عدم المطالبة بالحق ثلاث وثلاثون سنة على الراجح لم تسمع به ما دام المدعى عليه منكرًا له.

ولكن يجب أن يلاحظ أن عدم سماع الدعوى بالحق حينئذ لا يرجع لنقص في قوة الحق بل يرجع إلى ظن أنه غير موجود وذلك من ناحية أنها دعوى يصاحبها دليل بطلانها وكذبها. فلا محل لسماعها وإضاعة الوقت في بحثها فالقاضي إنما يسمع الدعوى لينتهي فيها إلى حالة من حالتين: الأول أن يقوم دليل على إثباتها فيقضي بموجب هذا الدليل. الثانية أن يقوم دليل على بطلانها، أو لا يصاحبها أي دليل فيقضي برفضها فإذا رفعت إليه مصحوبة بالدليل على كذبها لم يكن هناك محل لسماعها

---

(١) لا يجوز للواهب أن يرجع في هبته عند المالكية والشافعية والحنابلة إلا إذا كان الواهب أبا قد وهب لابنه على خلاف في ذلك بينهم ليس هذا موضع تفصيله وعند الحنفية يجوز للواهب أن يرجع في هبته ما لم يمنع مانع من موانع الرجوع في الهبة وهي التي يرمز لها بحروف «دمع خزقة».

(٢) إذا كان التمليك وسيلة إلى غرض محرم وذكر ذلك شرطا فيه كان فاسدًا لا يترتب عليه أثره. وإن لم يتجاوز الغرض النية فإنه يكون صحيحًا عند بعض العلماء كالشافعية ويترتب عليه الملك ولا يصح عند بعضهم كالحنابلة ولا يفيد أثره. هذا إذا اتخذ وسيلة إلى غرض محرم، أما إذا دفع إليه أمر محرم ماض أو قائم فإنه يكون صحيحًا ويترتب عليه أثره، ولكن يكرهه الشارع وإذن تجري عليه أحكام التمليك.

ولذلك قالوا لا تسمع الدعوى إذا كذبها الظاهر وجعلوا من ذلك الدعوى يمضي عليها ثلاث وثلاثون سنة دون أن ترفع ما دام المدعى عليه منكرًا ولم يمنع مانع من الادعاء بها جاء في المبسوط: «رجل ترك الدعوى ثلاث وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الادعاء ثم ادعى، لا تسمع دعواه، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرًا أ هـ» ومن هذا نأخذ أن الحق لا تسمع به الدعوى إذا توافرت الشروط الآتية:

١- أن يترك المدعى الدعوى به ثلاثا وثلاثين سنة وهذه المدة أرجح أقوال ثلاثة ثانيها أنها ثلاثون سنة. وثالثها أنها ست وثلاثون سنة. وقد اتجه التشريع في لائحة المحاكم الشرعية وجهة أخرى في ذلك فمنع القضاة من سماع الدعوى إذا مضى عليها خمس عشرة سنة إلا في الوقف والإرث، فإنه جعل المدة ثلاثا وثلاثين سنة واستند في ذلك إلى ما لولى الأمر من الحق في جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان وموضوع المخاصمة، وذلك في المادة ٣٧٥ من اللائحة ونصها:

«القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعي من رفعها وعدم العذر الشرعي له في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعي وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة».

٢- أن يكون المدعي متمكنا من الادعاء بالحق طيلة هذه المدة وذلك بألا يحول بينه وبين الادعاء عذر شرعي. وقد نصت المادة على أنه يشترط في عدم سماع الدعوى التمكن من رفعها طيلة المدة وعدم وجود عذر شرعي وهي ترمي بذلك إلى أن التمكن قد يتحقق ولكن يوجد عذر شرعي يمنع منها كما في حالة إعسار المدين فإن الادعاء ممكن ولكن إعساره عذر شرعي إذ لا فائدة من رفع الدعوى مع الإعسار المانع من التنفيذ ومقتضى ذلك أن المدة لا تبتدئ إذا كان هناك عذر شرعي إلا بعد زوال ذلك العذر[1].

٣- ألا يكون الحق المدعى به مقرا به في المدة كلها. وهذا الشرط تفيده عبارة المبسوط

(١) ويلاحظ أن انتفاء العذر يستلزم التمكن فإذا انتفت الأعذار في عدم رفعها كان المدعي متمكنا منه قطعا ولهذا قد يقال إنه يستغني بهذا الشرط عن شرط التمكن.

بطريق الإشارة إذ لا يحتاج إلى المخاصمة في الحق ولا يعد ترك المخاصمة فيه دليلا على عدمه إلا عند إنكاره[1] .

(١) ومما ينبغي ملاحظته الأمور التالية:
١ - أن المادة ٣٧٥ من اللائحة قد استثنت دعوى الإرث ودعوى الوقف ولا شك أن ذلك يتضمن الدعوى التي يكون النزاع فيها على حق الإرث نفسه أو على إنشاء الوقف ووجوده. أما إذا لم يكن ذلك محل نزاع بين الخصوم وإنما كان محل النزاع هو استحقاق عين معينة أو حق معين بسبب الإرث الذي هو محل اتفاق أو كان محل النزاع هو تبعية عقار معين لوقف لا نزاع في وجوده أو استحقاق في وقف لا نزاع في وجوده كذلك فما الحكم أيكون ذلك داخلا في دعوى الإرث أو الوقف المستثناة فيجب مضي ثلاث وثلاثين سنة لكي يمنع سماعها أم لا يكون داخلا ويكفي في منع سماع الدعوى بذلك مضي خمس عشرة سنة؟
إذا كان النزاع في تبعية عين معينة لوقف لا نزاع في وجوده فإنه يجب لعدم سماع دعوى ردها إلى جهة وقفها مضي ثلاث وثلاثين سنة لأن هذه الدعوى في الواقع دعوى وقف على الرغم من أنه يمكن تصويرها بأنها دعوى تبعية لوقف ألا ترى أن دعوى تبعيتها لوقف معين تتضمن ادعاء وقفها من قبل واقف هذا الوقف؟ وإذا كان نزاعًا في الاستحقاق فالدعوى به لا تسمى دعوى وقف كما هو الظاهر ولذا يكفي في عدم سماعها مضي خمس عشرة سنة. ولكن أيمكن أن يقال إذا ترك شخص دعوى استحقاقه أكثر من خمس عشرة سنة ثم جاء ورفع دعواه طالبا أن يعطى إليه استحقاقه هل تسمع دعواه حينئذ على اعتبار أنه يطالب بأداء حق لم يمض على ترك الادعاء به خمس عشرة سنة؟ هذه فكرة لها وجهتها وخاصة بعد أن قضت الدوائر المجتمعة بأن دعوى الاستحقاق المجردة غير مسموعة إذ يقال إنه ترك الادعاء لتبرعه باستحقاقه طيلة المدة الماضية مثلا ولم يكن هناك محل لادعاء استحقاقه مجردًا لأنه غير مسموع منه ولا يطلب الأداء لأنه متبرع بما يستحق وإذن فهو يدعي حقا لم تمض عليه مدة خمس عشرة سنة.
وقد يقال إنه ترك دعوى استحقاقه في الوقف مع وجود المقتضي لرفعها وهو إنكار استحقاقه طيلة خمس عشرة سنة فإذا ادعى استحقاقه وطالب بأدائه من الآن فقط فهي دعوى تتضمن الادعاء بحق تركت الدعوى به خمس عشرة سنة وذلك الحق هو استحقاقه في الوقف فلا تسمع بذلك الحق ويترتب على ذلك عدم سماعها أيضا بالمطالبة مما يستحقه الآن وعمل المحاكم الشرعية في هذا مختلف لم يستند على رأي معين فيما أعلم.
وأما إذا لم يكن الإرث محلا للنزاع وإنما كان النزاع في ملكية المورث للعين المدعاة وأن المدعي يدعي أنه مالكها إرثا عن مورثه فإن الأمر في ذلك يختلف عنه في دعوى تبعية عين لوقف معين ذلك لأن هذا النزاع لا يتضمن نزاعًا في إرث المدعي؛ ولذا يرى أن الدعوى تتمحض نزاعا في ملكية المورث أكانت ملكا له قبل وفاته فتنتقل ميراثا عنه إلى المدعي أم لا؟ ولا فارق في هذه الحال بين أن يكون الحق المدعى عينا أو دينا ولا بين أن يكون المدعى عليه من الورثة في الواقع ولكنه ينكر أنها كانت ملكا لمورثه أو يكون أجنبيا وبناء على هذا النظر يكفي في عدم سماع هذه الدعوى مضي خمس عشرة سنة لا من وقت الوفاة بل من وقت وضع المدعى عليه يده على العين بوصف أنه مالك أو من وقت إنكاره الدين مع وجوب أدائه ومعنى ذلك أن هذه المادة إذا مضت والمورث حي منع الوارث من=

وكذلك نأخذ منه أيضا أن عدم سماع الدعوى لا يرجع إلى طبيعة الحق بل يرجع إلى ظني أنه غير موجود ألا ترى أن صاحب المبسوط يعلل هذا الحكم بقوله: لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا.

=السماع لأن ما يمنع المورث من الدعوى يمنع وارثه وإذا مضى بعضها كملت بعد وفاته بما يجعلها خمس عشرة سنة وإذن فلا يحتاج في عدم السماع إلى مضي ثلاث وثلاثين سنة إلا إذا كان النزاع نفسه في إرث المدعي عليه أن هذه العين كانت ملكا لفلان ولكن ما علاقتك به وما شأنك بالعين فيقول المدعى علاقتي به أني وارثه وأني ملكتها ميراثا فعند ذلك للمدعى عليه أن يتمسك بمضي المدة في دفع دعواه منه بأنه قد مضى على ذلك ثلاث وثلاثون سنة فإذا ثبت ذلك لم تسمع الدعوى.

٢- أن المادة ٣٧٥ وكذلك الفرع الذي جاء به صاحب المبسوط كلاهما قد اشترط لعدم سماع الدعوى لمضي المدة تمكن المدعي من رفعها فيها وبناء على ذلك إذا قام به عذر طيلة المدة لم يكن مضيها مانعا من سماعها كما لا تبتدئ المدة مع قيام العذر وإنما تبتدئ بعد زواله وهذا ما يدعو إلى النظر فيما يترتب من حكم على مدة مضت قام في أثنائها عذر أيكون وجوده كلا وجود فلا يترتب عليه أثر وعندئذ يمنع سماع الدعوى لمضيها أم يعتبر وجوده قاطعا للمدة وملغيا لما مضى فيها وعليه فيلزم لعدم سماع الدعوى مضي مدة جديدة تبتدئ بعد زوال العذر أم يعتبر واقفا لها فقط فيكفي في منع الدعوى من السماع أن تمضي مدة بعد زوال العذر منها يكون مجموعها مع ما مضى قبله مكونا للمدة المانعة من سماع الدعوى؟

أما الاحتمال الأول فمرفوض بعبارة صاحب المبسوط وهي «ولم يكن له مانع من الادعاء» فإنها صريحة في أنه يشترط وجوب انتفاء المانع من الادعاء في المدة وكذلك تدل عليه عبارة المادة وهي «مع تمكن المدعي من رفعها» فإنها صريحة في اشتراط التمكن في المدة وانتفاء الممكن في بعض المدة يتنافى مع ذلك.

وأما الاحتمال الثاني فبعيد لأنه يتناقض مع روح المشروع إذ يقتضي أن وفاة الناظر أو الولي أو المدعي وتتخلل فترة بسيطة لا يمكن فيها رفع الدعوى قاطع للمدة وموجب لابتداء مدة جديدة.

وإذن فلم يبق إلا اعتبار ذلك واقفا للمدة فإنه لا يتنافى مع العبارتين ويحقق غرض الشرع بقدر الإمكان.

٣- إذا أقر المدعى عليه بالحق قبل الدعوى ولو بعد مضي المدة أو في الجواب عن الدعوى منعه ذلك من أن يتمسك بمضي المدة لأنه ليس من النظام العام وإذا تمسك به المدعى عليه كان ذلك في معنى ادعاء الملكية له لأن دعوى اليد المجردة لا تصلح دفعا وادعاء الملكية لا يستقيم مع الاعتراف بالحق ومن هذا وجب أن يكون المدعى عليه خصما طيلة المدة كلها فيكون هو واضع اليد طول المدة إذا كانت الدعوى تتعلق بعين فلو أن العين كانت في يد شخص ثم اغتصبها شخص آخر ظلت معه نحو ثلاث سنوات لم يكن لهذا الشخص الأخير أن يتمسك بترك المدعي دعواه المدة القانونية وإن أثبت ذلك.

٤- أن إقرار المدعى عليه في المدة أو بعدها قبل القضاء أو في مجلس القضاء يبطل ما مضى من مدة ويجب لمنع سماع الدعوى أن تمضي مدة جديدة بعد الإقرار كما أن قيام المدعي برفع دعواه أمام القضاء يعتبر قاطعا للمدة وإن لم يترتب على ذلك فصل فيها لأنه حينئذ لم يترك دعواه.

وعلى هذا فوجود الحق قضاء عند فقهاء الإسلام يستلزم سماع الدعوى به وعدم سماعها يدل على أنه غير موجود ظاهرا فإن كان موجودا في الواقع ولا وسيلة لإثباته كان وجوده ديانة فقط.

٦- قسمته بالنظر إلى محله

ويقسمونه بالنظر إلى محله قسمين: حق سياسي وحق مدني، وأراد بالحق السياسي ما يختص بإدارة أمور البلد وحكومته وتدبير شئونه العامة من كل حق يمنحه الدستور أو القوانين الإدارية لكل فرد من أفراد الأمة في إدارة شئونها إذا توافرت فيه شروط معينة. وذلك كحق الانتخاب وحق التوظف وحق النيابة وعلى هذا فهو حق موضوعه إدارة شئون البلد العامة.

وأرادوا بالمدنى ما يختص بغير ذلك من شئون الإنسان الخاصة به سواء أكانت ترجع إلى حاله المالية أم إلى حاله الأدبية أم إلى أسرته من كل حق يثبت لجميع الأفراد على السواء بالوضع الذي تقره القوانين مدنية كانت أم جنائية كحق الدين وحق الدفاع عن النفس وحق الولاية وحق الحضانة وحق صيانة العرض وحماية المنزل وحرية القول وما إلى ذلك من الحقوق وعلى هذا فهو حق موضوعه شئون الإنسان الخاصة به وهذه القسمة كسوابقها قسمة بيانية لا تختلف شأنها مما سبق بيانه فيما قبلها.

غير أنه قد يلاحظ أن فقهاء الإسلام لم يعنوا ببيان الحقوق السياسية وتعدادها والتفرقة بينها وبين غيرها من الحقوق ومرجع ذلك فيما يظهر إلى أن الشريعة الإسلامية إنما عنيت ببيان الأسس التي يجب أن يقوم عليها الحكم بين الناس ولم تتعرض لبيان نظام الحكومة وشكلها وتركت ذلك لكل أمة لتتهيأ لها الفرصة في وضع نظام من الحكم يلائم عاداتها وتقاليدها وحالتها على أن يؤسس على الأسس العامة العادلة التي جاء بها الدين. ونتج عن ذلك عدم تعرضها لبيان الحقوق السياسية وذكرها تفصيلا لأنها في الواقع نتيجة لنوع الحكم القائم وشكله. وإن شئت قلت: إن تحديد هذه الحقوق وتعدادها يعين نوع الحكومة التي تقوم عليها ويحددها وهذا ما لا يريد

الشرع الإسلامي تفصيله حتى لا يلزم الناس فيه بصور معينة شأنه في ذلك شأن كل حكم يتطور بتطور الزمن ويتغير بتغير الأمم. وليس معنى هذا أن الشريعة الإسلامية لا تقر هذه الحقوق السياسية وإنما نريد أن نقول: إنه لم يرد في كتاب الله ولا في سنة رسول الله نصوص صرح فيها بذكر هذه الحقوق مفصلة وهذا لا ينفي أنها تستنبط من الأصول العامة للشريعة فإذا صدر بها قانون من ولي الأمر أصبحت حقوقا مقررة تقرها الشريعة الإسلامية وتحميها لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ ...﴿٥٩﴾ ﴾ [النساء].

٧- ثم قسموا الحق المدني بالنظر إلى صاحبه قسمين:

حق عام وحق خاص وأرادوا بالعام ما يثبت لكل فرد بصفته إنسانا لأجل المحافظة على حياته الحسية والعقلية والاجتماعية حتى يكون آمنا على حياته وعلى حريته بجميع أنواعها وعلى حقوقه الاجتماعية وذلك مثل حق الإنسان في الحياة وحقه في حرية فكره وقوله وحقه في حماية منزله وما إلى ذلك، وإنما سمي هذا النوع بالحقوق العامة لأنه يعم كل الناس فلا يختص به فرد دون آخر. وأرادوا بالحق الخاص ما ينشأ عن معاملة خاصة أو اتصال خاص بين فردين أو أفراد وذلك كحقوق الملكية وحقوق الالتزامات وحقوق الأسرة وهذه القسمة كما ترى قسمة بيانية فلا تتنافى مع ما لفقهاء الشريعة الإسلامية من بيان في الحقوق.

٨- ثم قسموا الحقوق الخاصة بالنظر إلى موضوعها قسمين:

حقوق مالية وحقوق أسرة. وأرادوا بالحق المالي ما كان محله مالا وإن شئت قلت ما اتصل بالمال أو ما تمثل في مصلحة ترتبط بالمال وتقوم به في نظر القانون. ومنه يتكون النظر الإيجابي للذمة ويعد جزءًا من ثروة صاحبه وقد يكون محله مادة. وقد يكون منفعة من المنافع وذلك كحق الملكية وحق الدين وحق المستأجر في المنفعة. وحق المؤلف في كتابه وحق المخترع في اختراعه وحق تعويض الضرر وحق الميراث فهذه كلها وأمثالها حقوق لها قيمة مالية وتكون عنصرًا من عناصر الذمة المالية. وأرادوا بحقوق الأسرة ما ينشأ عن رابطة الزوجية من حقوق للزوج قبل زوجته

وحقوق للزوجة قبل زوجها وحقوق للأب قبل ولده وللولد قبل أبيه وللقريب قبل قريبه وما إلى ذلك مما يسمى مجموعه بحالة الشخص ولهذه القسمة فائدتها أيضا من ناحية أنها قسمة بيانية فكان شأنها كشأن سابقتها ليست محلا لاعتراض فقهاء الإسلام فإنهم يقرون وجود الحقوق المالية ووجود حقوق الأسرة ويفرقون بين النوعين، ولها أيضا فائدة أخرى من ناحية أنها تفرق بين نوعين تختلف أحكام أحدهما عن أحكام الآخر فيستطاع معها أن تعرف لكل نوع أحكامه دون أن يختلط الأمر على الباحث أو الدارس. ذلك لأن أحكام الحقوق المالية تختلف عن أحكام حقوق الأسرة، فكان من الواجب التمييز بينهما.

٩- ثم قسموا الحق المالي بالنظر إلى موضوعه قسمين:

حق عقاري وحق منقولي، وأردوا بالأول ما كان موضوعه عقارا كحق الملكية في العقار، وبالثاني ما كان موضوعه منقولا كحق الملكية في المنقول. وليس من اللازم أن يكون الحق العقاري معدودا من الأموال الثابتة أي من العقار بل لا يعد مالا ثابتا إلا ما كان عينيا. أما الشخصي فيعد من الأموال المنقولة[١] وإن كان موضوعه عقارا كالتزام البائع بتسلم الأرض المبيعة والتزام المقاول ببناء منزل. كما يعد المنقولي كذلك وإن كان عينيا. ولذا نرى أن هذه القسمة أيضا بيانية مرجعها إلى الاصطلاح والنظر وما مرجعه الاصطلاح لا يصلح أن يكون محلا للخلاف.

١٠- قسمته بالنظر إلى ما يترتب عليه:

وكذلك قسموا الحق المالي بالنظر إلى ما يترتب عليه قسمين حق عيني وحق شخصي، ويعرفون الحق العيني بأنه سلطة يقرها القانون لشخص معين على مال معين وبهذه السلطة يستطيع مالكه أن ينتفع بهذا المال على الوضع الذي يقتضيه ذلك الحق دون معارضة من غيره. ولذا قيل في وصفه إنه حق في شيء ولصاحبه أن يتمسك به عند الكافة وذلك كحق الملكية. ويعرفون الحق الشخصي بأنه رابطة بين طرفين شخصين أو أكثر تستوجب على أحد الطرفين للآخر عملا أو امتناعا عن عمل.

(١) راجع الأموال للأستاذ كامل بك مرسي.

ولذا قيل في وصفه إنه حق متعلق بشخص فلا يطالب به غيره ولا يتمتع به صاحبه إلا بواسطة ذلك الشخص وذلك كحق المستأجر في أن يتسلم العين المستأجرة من مالكها وعلى هذا يظهر الفرق بينهما في ناحيتين:

الأولى: أن الحق العيني سلطة يختلف مداها ومقتضاها باختلاف الحق وتنصب مباشرة على مال معين دون حاجة إلى توسط أي شخص، وأن الحق الشخصي ليس إلا رابطة والتزاما بين شخصين.

الثانية: أن محل الحق العيني مال معين ومحل الحق الشخصي فعل خارجي أو نفسي. ومن هذا كان الأصل في الحق العيني الأصلي ألا يكون مؤقتًا بمدة لأنه يتعلق بعين معينة أي بذاتها ومادتها فهو لاصق بها دون نظر إلى شيء آخر[1] وكان وجوده بسبب ذلك رهنا بوجود العين المتعلق بها. ووجودها غير محدود بزمن معين فلم يكن من مقتضاه التوقيت. أما الحق الشخصي فعلى عكس ذلك يقتضي أن يكون مؤقتًا لأنه متعلق بالأشخاص وحاد من حريتهم ونشاطهم فوجب أن يكون مؤقتًا حتى لا يقضي على ما هو واجب لهم من كامل الحرية ووافر النشاط وذلك من النظام العام الواجب الاحترام.

وعلى هذا إذا أسلم إنسان في مقدار من القطن مثلا ترتب على هذا العقد حق شخصي هو ما شغلت به ذمة المسلم إليه من القطن المبيع «المسلم فيه» فإذا ما وفى المسلم إليه فسلم القطن صار للمشتري «المسلم» حق عيني على القطن الذي تسلمه.

وعلى هذا الأساس جعلوا حق المنتفع بالعين «بطريق الوصية أو الوقف مثلا» حقا عينيًا وذلك كحق الموصى له بالمنفعة وحق الموقوف عليه المنفعة ولكنهم اعتبروا حق مستأجر العين للانتفاع بها حقا شخصيًا وعللوا ذلك بأن الحق الأول سلطة تنصب مباشرة على العين الموصى بمنفعتها أو الموقوفة دون حاجة إلى توسيط شخص آخر، ولا تقوم بجانبه رابطة ولا التزام بين صاحب الحق ومن أعطاه إياه، فكان محله

(١) ولذا كان الحق العيني التبعي مؤقتًا لأنه يتبع في وجوده حقًا شخصيًا وهو مؤقت كالرهن وما في حكمه يتبع في وجوده المدين والدين مؤقت فإذا سقط الدين انتهى الحق العيني التبعي تبعا له.

هذه العين التي هي مال، ويؤيد ذلك أن هذا الحق في الوصية لا يوجد إلا بعد وفاة الموصي وهو الملتزم، وأنه في الوقف لا يتوقف وجوده على وجود الواقف ولا ينتهي بموته بل يوجد مع وجوده ويبقى بعد موته ولو كان قيامه بقيام الرابطة كما في الحق الشخصي لانتهى بموت معطيه، أما حق المستأجر فهو حق يقوم بقيام الرابطة بين المؤجر والمستأجر، فإذا ما انتهت انتهى هو أيضا، ألا ترى أن أساسه ارتباط تبادلي بين المؤجر والمستأجر يلتزم فيه المستأجر بالأجرة ويلتزم فيه المؤجر بتسليم العين للانتفاع وتركها في يد المستأجر حتى ينتهي حقه، وإنه لذلك لا ينصب مباشرة على العين المستأجرة، بل يتجه إلى مطالبة المؤجر وإلزامه بأن يستمر تركه للعين في يد المستأجر المدة المتفق عليها حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع بها ولذا عرف عقد الإجارة: بأنه عقد يلتزم المؤجر فيه انتفاع المستأجر بالشيء المؤجر ذلك هو تعليلهم. وأنت ترى أنهم قد أغفلوا في هذا التعليل أن يتعرضوا لبيان ناحية تورث اشتباهها بين هذين الحقين – حق الموصى له وحق المستأجر – وترددا في التفرقة بينهما: تلك هي ما يرى من أن المنتفع في الحالين مالك للمنفعة، وأن هذه الملكية مؤقتة فيهما، وأن المنفعة في الحالين واحدة لا تتغير، وأن كلا من الحالين لا تعرى عن وجود التزام فيها، فإذا كان في إحداهما التزام المؤجر ففي الأخرى التزام الورثة أو ناظر الوقف بترك العين في يد المنتفع حتى ينتهي انتفاعه، ولعلهم راعوا أن الرابطة بين المؤجر والمستأجر رابطة تبادلية مستمرة تقوم على المعاوضة بين التزامين كما قدمنا فكان التزام المؤجر نتيجة لإرادته وعقده وكان مع ذلك التزاما مستمرا يقابله من المستأجر التزام بالأجرة مستمر وكان من الواجب مراعاة هذه الناحية وعد هذا الحق من الحقوق الشخصية بالنظر إليها أما في الوقف والوصية فليس الأمر كذلك لأن الالتزام فيهما من جانب واحد هو جانب الوقف أو الموصي. وقد يتوفى كل منهما فيحل محل الواقف ناظر الوقف ومحل الموصي وارثه، والالتزام من ناحيتهما، ومع ذلك يستمر بقاء الحق فلا يتأثر بزوال الملتزم. بل قد يكون المنتفع صاحب الحق هو الناظر نفسه، وعند ذلك لا يتصور وجود التزام منه لنفسه. ومن هذا يتبين أن التزامهما ليس من قبيل التزام المؤجر أي ليس واجبا خاصا بل من قبيل الواجب العام الذي يقابله الحق العيني إذا ما كان ملكا.

ولكن ألا يمكن أن يقال: إن ملك المنفعة متحقق في الحالين فكما يملكها كل من الموصى له والموقوف عليه يملكها المستأجر كذلك وإن هذا حق عيني يستتبع واجبا هو عدم التعرض لصاحبه في الانتفاع به؟ وذلك يقتضي أن يقوم كل من المؤجر والواقف والناظر ووارث الموصى بتسليم العين وتركها في يد المنتفع وبهذا يتساوى النظر إلى ملك المنفعة في جميع الأحوال. ثم من الممكن أيضًا أن يقال إن عقد الإجارة كعقد البيع يترتب عليه حق عيني، هو ملكية المنفعة كما يترتب على عقد البيع كذلك حق عيني هو ملكية العين ويترتب كذلك على كل منهما حق شخصي هو تسليم العين إلى الطرف الآخر وعدم التعرض له في ذلك كل على حسب مقتضاه[1] ومن البيان السابق يتضح أن الحق الشخصي وليد الالتزام ولذا كان لازما له فإذا وجد الالتزام وجد، وعن هذا سمي باسمه تسمية للشيء باسم سببه وكان موضعهما في الواقع عندئذ واحدًا وإنما تختلف التسمية باختلاف ما ينظر إليه، فإذا نظرت إلى المطالب «الدائن» سميته حقًا شخصيًّا، وعندئذ يحسب عنصرًا من عناصر ذمته الإيجابية، وإذا نظرت إلى المطالب به «المدين» وجدته واجبًا عليه ومحلا لالتزامه وسميته لذلك التزاما وعندئذ يصير عنصرًا من عناصر ذمته السلبية.

ثم نراهم بعد ذلك يختلفون فمنهم من يرى أن الحقوق العينية محصورة فيما ينص عليه القانون، وعلى ذلك تنحصر بمقتضى القانون المدني المصري فيما يأتي:

١- حق الملكية.
٢- حق الانتفاع.
٣- حق الارتفاق بعقار غير المرتفق.
٤- حق الامتياز وحق رهن العقار وحق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله أو بعضه لحصوله على دينه وحق الحبس «راجع المادة الخامسة».

ومنهم من يرى غير ذلك وأنه يجوز أن تنشأ حقوق عينية أخرى بمقتضى إرادة الإنسان، وأن ما ذكر في القانون إنما جاء على سبيل التمثيل فقط لا الحصر.

---

(١) وفي رأيي أن طبيعة الملك في الحالين «حال الإجارة وحال الوصية» واحدة، وذلك يستلزم الحكم عليه بحكم واحد فإما أن يكون الملك فيهما حقا عينيًّا وإما أن يكون حقا شخصيًّا أما ما قد يعترض به على هذا من أن ملك المستأجر للمنفعة ليس له من التتبع والأولوية حظ كحظ ملك الموصى له فهو تفريق إن سلمنا به رجعناه إلى ما اكتنف الملكين من ظروف مختلفة لا إلى اختلاف الحقين في الطبيعة على أننا قد نقول إنه لا أساس لهذه التفرقة.

وقد احتج أصحاب الرأي الأول بأن الحق العيني إذا أنشئ أوجب على الناس كافة احترامه وعدم التعرض لصاحبه على الوضع الذي حدده القانون وبينه ومثل هذا الإيجاب لا يمكن أن يحدث بمطلق الإرادة ممن ينشئه، إذ لا سلطان له على الكافة بل يجب أن يكون ذلك بموجب القانون، وإذن فلا يعد من الحقوق العينية إلا ما نص عليه القانون حتى يكون له من الأحكام ما نص عليه القانون.

واحتج الآخرون بأن الحق العيني سلطة تنصب على المال مباشرة، وقد تكون هذه السلطة كاملة شاملة كما هو ظاهر في حق الملكية، وقد تكون أضيق نطاقًا وأخص شمولاً كما هو ظاهر في حق الانتفاع وحق الارتفاق، إذ ليس كل منهما إلا أجزاء مقتطعة من حق الملكية الشامل لهما ولغيرهما، وإذا جاز أن يقتطع من حق الملكية ما يعد حقوقا كما رأيت، فليس ثمة ما يمنع من اقتطاع أجزاء أخرى من الملكية غير ما ذكر وغير ما نص عليه القانون وجعلها حقوقا عينية جديدة، وعند ذلك يحميها القانون ويجب على الناس احترامها؛ لأنها أجزاء من الملكية التي وجبت لها الحماية والاحترام، إذ إن حماية الكل تقتضي حماية الجزء، وقد رأت بعض المحاكم المختلطة هذا الرأي فنصت بأن حق الحكر حق عيني[1]. أما حجة الأولين فمنقوضة إذ لو صحت لم يجز للناس أن ينشئوا حقوقا شخصية بإرادتهم لأنها أيضا تقتضي عند وجودها أن يحترمها الناس وتوجب عليهم ألا يتعرضوا لها وليس ذلك في مكنة الملتزم وسلطانه والواقع أن عدم تعرض الكافة لأرباب الحقوق وإلزامهم بذلك إنما هو نتيجة وثمرة لما لصاحب الحق في المكنة أن ينتفع بحقه ولا يحتاج ذلك إلى نص خاص من القانون إزاء كل حق.

وقد كان لهذه القسمة الأخيرة كما كان لغيرها مما سبق بيانه نصيب في الكشف عن الحق من بعض جهاته ولكنها تمتاز بما ترتب عليها من بيان أحكام كل قسم منها على التخصيص فأمكن أن يبحث كل من الحق العيني والحق الشخصي على حدة وأن تبين أحكام كل منهما وتدرس على انفصال.

---

(١) راجع الأموال للدكتور خيالي بك والأموال للدكتور كامل بك مرسي.

وقد اعتادوا أن يتعرضوا في هذا الموضع لبيان بعض هذه الأحكام لما لها من الأثر الظاهر في التمييز بين الحقين فذكروا ما يأتي:

١- حق التتبع: قالوا إن الحق العيني يكون لصاحبه حق التتبع دون الحق الشخصي. ذلك لأن الحق العيني سلطة تنصب مباشرة على مال معين فكان صاحبه في غنى عن توسط أي شخص آخر في سبيل انتفاعه به وكان حقا متعلقًا بذات المال ومادته ومن ثم تبعه حيث كان واحتج به قبل أي شخص يحوزه.

٢- حق الأولوية: فقد قالوا أيضا إنه عند وجود الحق الشخصي تكون أموال المدين جميعها ضامنة لوفائه بلا فرق بين حق شخصي سابق وحق شخصي لاحق وبلا فرق بين مال سابق على وجود الحق ومال لم يملك إلا بعد وجود الحق. أما العيني فهو سلطة تنصب كما ذكرنا على مال معين من أموال المدين الضامنة، وعلى هذا يكون هذا المال المعين لوفاء الحقين جميعًا يتنازعانه وعند ذلك يكون للحق العيني الأولوية فيقدم وفاؤه على وفاء الحق الشخصي.

٣- التنازل: قالوا لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على مال معين أمكن لصاحبه أن يتنازل منه بمطلق إرادته المنفردة إذ لا صلة فيه بينه وبين شخص آخر بخلاف الحق الشخصي فإنه لما كان رابطة بين شخصين لم يكن للتنازل عنه فائدة في انقضائه إلا إذا قبله الطرف الآخر ولهذا لا يصح إبراء المدين إلا بقبوله الإبراء.

الحق المعنوي:

بقيت بعد ذلك مسألة تتعلق بشمول الحق العيني تلك هي أن الحق العيني عندما اتجه العلماء إلى بيانه وتحليله لم يكن يعرف عنه إلا أنه دائما ينصب على مال معين مادي، ولكن التطور الاقتصادي والاجتماعي والفكري قضى بأن ينظر إلى حق المؤلف في مؤلفاته وحق الفنان في مبتكراته وحق المخترع في مخترعاته وحق التاجر في صيته التجاري الذي يشمل حقه في اسمه وعلامته التجارية وعملائه - قضى بأن ينظر إلى ذلك وأمثاله نظرًا ماديًا ماليًا تصبح به هذه الحقوق حقوقا مالية عينية يصح أن تكون محلا للمعاوضة وأن تعد عنصرًا من عناصر ثروة أصحابها. وقد استقر

الرأي على ذلك وجرى عليه الناس في معاملاتهم وسنت بذلك القوانين وعندئذ رؤي أن هناك حقوقا تشابه الحقوق العينية من ناحية صلتها بصاحبها وعدم اعتمادها على التزام يصدر من غيره واستئنائها عند الانتفاع بها عن توسط أشخاص آخرين ولكنها مع ذلك تخالفها في طبيعتها وإن شئت قلت في نواح متعددة مردها جميعا إلى أنها لا تتناول إلا أشياء معنوية ففارقت بذلك الحقوق العينية من ناحية اكتسابها وطرق انتقالها إلى غير صاحبها وكانت بسبب هذه المشابهة والمخالفة محلا لاختلاف العلماء، فمنهم من راعى جانب المشابهة فعدها حقوقًا عينية لأنه لم يرها إلا صورا من حق الملكية صاغها التطور الحديث للاقتصاد والاجتماع وليس عنده ما يمنع من أن يكون محل هذا الحق أمورا معنوية أيضا ما دام كنه ذلك الحق متحققا وهو المكنة التي تمكن من الانتفاع والتصرف استقلالا دون توسط أي شخص آخر ومنهم من استبعد هذا النظر لما هو ثابت للحق العيني الأصلي من صفة الدوام والبقاء وعدم ثبوت ذلك لهذا النوع من الحقوق ولذلك عدها قسما ثالثًا للحق المالي فقسمه ثلاثة أقسام: حق عيني وحق شخصي وحق معنوي، وميز الحق المعنوي عن الآخرين بأنه ليس إلا أثرا معنويا أوجده صاحبه بجده ودأبه فكان عدلا أن يختص به وبثمراته تشجيعا للعاملين والمفكرين، فإذا كان خلقا في عالم الفكر والفن اختص به إلى زمن محدود ثم أصبح ملكا شائعا للمجتمع؛ ذلك لأنه لم يكن لصاحبه إلا فضل الإظهار والاستنباط أما الأساس والمبعث والمنشأ فهو لمن سبقه من العلماء والمفكرين والفنانين فلزم أن يرد إلى المجتمع الذي كان له اليد في أصله ومصدره ما أخذ منه بعد أن يكون قد استوفى حقه من الجزاء وإن كان ثقة وصيتا بقى له ولذريته من بعده لأنه من محض جده واجتهاده وذلك كالاسم التجاري.

نظرة الفقه الإسلامي إلى هذه القسمة:

قسمة الحق المالي إلى حق عيني وشخصي ومعنوي تقتضينا أن ننظر أولا إلى المقسم «الحق المالي» ثم ننظر بعد ذلك إلى أقسامه. وقد عرفت أن علماء القانون يريدون بالحق المالي ما كان محله المال من الحقوق وإن شئت قلت كل حق يتصل

بالمال ومن هذا أمكن أن يتمثل في مصلحة تقوم بالمال في نظر القانون وكان مكونا للعنصر الإيجابي من الذمة وهو بهذا المعنى أشمل وأوسع دائرة منه عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

ومن الحق أن نقول إن فقهاء الشريعة لم يتعرضوا لقسمة الحق إلى حق مالي وحق غير مالي وأنهم لذلك لم يعنوا بتعريف الحق المالي حتى تكون الموازنة بين معنييه في الشرعين ممكنة ولكنهم مع هذا قد تعرضوا لذكر الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها بالمال والحقوق التي تنتقل بالوراثة إلى الورثة ووصفوها بأنها حقوق مالية كما تعرضوا لذكر الحقوق التي لا يجوز فيها ذلك ونفوا عنها وصف المالية وكان بيانهم لها بسردها وذكر أحكامها دون قصد إلى قاعدة عامة أو تهيئة لاستنباط ضابط كلي فذكروا منها حق الدين وحق الدية وحق الأرش في الأطراف وحق الشرب وحق المرور وحق التعلي وقالوا إن هذه الحقوق تنقلب أموالا بالاقتضاء أو القبض أو بالمعاوضة فكانت من الحقوق المالية. ومن هذا تستطيع أن تتعرف ما يريدون بالحق المالي وأنهم يعنون به ما أمكن أن يعتاض عنه بالمال أو ما انتقل إلى الورثة بالميراث وأفراده بهذا المعنى محصورة قليلة العدد وإن اختلف عددها باختلاف المذاهب قلة وكثرة فكانت عند الحنفية أقل عددا منها عند المالكية. وعلى هذا الأساس نستطيع أن نقول إن الحق المالي في لسان علماء القانون أوسع دائرة وأكثر عددا منه في لسان فقهاء الشريعة فإن علماء القانون يجوزون الاعتياض بالمال عن كل حق متصل بالمال. على أنه إذا صح افتراضنا إطلاق اسم الحق المالي لدى فقهاء الإسلام على كل حق يتعلق بالمال وهذا ما قد تجده في كلام القرافي في الفرق ١٩٧ من كتابه الفروق فهو أيضا بهذا المعنى أقل شمولا منه بالنسبة لمعناه عند علماء القانون ذلك لأن المال عند القانونيين أوسع دائرة منه عند علماء الإسلام.

وكما لم يعن فقهاء الإسلام ببيان الحق المالي بيانا تتجلى فيه مشخصاته وأوصافه وأحكامه لم يعنوا بقسمته إلى حق عيني وحق شخصي وحق معنوي بل لا يعرف أنهم قد التفتوا إلى التمييز بين أفراد الحقوق المالية من هذه الناحية، ناحية توقف الانتفاع

بها على توسط شخص آخر غير صاحبها أو عدم توقفه. ولذا تراهم لم يصطلحوا على هذه القسمة ولم يستعملوا هذه الأسماء بهذا المعنى في كلامهم وإن كان وجود النوعين الأولين منها في واقع الأمر وحقيقته لا يصح أن يكون محل خلاف ولذا فليس بيان هذين النوعين وتمييز أحدهما من الآخر محل خلاف بين علماء الشريعة وعلماء القانون.

لقد مثل علماء القانون للحق العيني بما يأتي:

أ- حق الملكية:

والملكية قل أن يطلق عليها فقهاء الإسلام اسم الحق إلا بمعناه الأعم كما في تعريف الدعوى وتعريف الإقرار. وهم يذكرونها ويعرفونها بأنها وصف شرعي يثبت لصاحبه نتيجة حيازته للمال حيازة ناشئة عن سبب من أسباب الملك وهذا الوصف الشرعي عبارة عن مكنة أو إباحة أعطاها الشارع للحائز لكي ينتفع بالمال أو يتصرف فيه أو يستحق عوضه وهذا كما نرى لا يتنافى مع ما ذكره علماء القانون في وصف حق الملكية. غير أن علماء الشريعة مع هذا يجعلون الملكية شاملة لملكية الأعيان ولملكية المنافع ويقسمونها بناء على ذلك ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ملكية عين ومنفعتها ومثاله واضح وذلك كما في ملكية المشتري للعقار أو للمنقول.

القسم الثاني: ملكية منفعة فقط كما في ملكية المستأجر لما استحقه بعقد الإجارة من المنافع وملكية الموصى له لمنافع العين الموصى بمنفعتها فقط[1] وملكية الموقوف

---

(١) يرى الحنفية أن الموصى له بالمنفعة مالك لها في جميع الأحوال أي سواء أكانت المنفعة مؤقتة بوقت كسنة أم بمدة حياة الموصى له أم مطلقة أم مؤبدة ويرى بعض الشافعية أن الوصية بالمنفعة إذا كانت مؤقتة لم يترتب عليها ملك للموصى له وإنما تفيده إباحة الانتفاع فقط وعلى ذلك لا يكون له في هذه الحال حق التصرف في المنفعة إجارة وإعارة كما في نهاية المحتاج من كتاب الوصية جـ٦ ص٣٨ والخلاف فيما يظهر يرجع إلى خلاف آخر هو خلافهم في الإباحة أيصح أن تتحقق الإباحة مع وفاة المبيح أم لا يصح؟ يرى الحنفية أن الإباحة نتيجة الإذن ولا بقاء للإذن بعد وفاة الآذن وإذا بطل=

عليه لمنافع العين التي يستحق منفعتها بالوقف[1] وملكية المستعير لمنافع العين المستعارة[2] وملكية المنتفع بالأرض الخراجية المملوكة للحكومة[3].

القسم الثالث: ملكية العين فقط وذلك كما في العين الموصى بمنفعتها بعد الوفاة فإنها تعتبر ملكا للورثة دون منافعها[4] وعلى هذا نرى أن محل الملكية قد يكون مالا معينا كما في العين المبيعة أو المستأجرة أو المعارة أو الموقوفة وقد يكون غير مال كما في استئجار رجل لعمل من الأعمال وأن هذه الملكية قد تكون مؤبدة كما في ملكية المنافع بعقد الإجارة أو الوصية أو العارية.

=الإذن بالوفاة انتهت الإباحة وعلى ذلك لا يصح أن يكون أثر الوصية إباحة لذلك ولتوقفها على القبول، ويرى بعض الشافعية أن الإباحة تنتهي بالموت إذا كانت إباحته في حال الحياة كما في العارية أما إذا كانت بعد الوفاة كما في الوصية فلا يبطلها الموت ولا تبدأ إلا بعد الموت. والقبول فيها لثبوت حق الانتفاع لا لثبوت ملك المنفعة.

(١) يرى الحنفية أن الموقوف عليه يملك المنفعة وإلى هذا ذهب بعض الشافعية ويرى بعضهم أن الوقف لا يفيد ملكا وإنما يفيد إباحة (وبذلك صرح السبكي راجع نهاية المحتاج).

(٢) جمهور الحنفية أن العارية تفيد ملك المنفعة ويرى آخرون ومنهم الكرخي والشافعي وأحمد على أصح الروايتين عندهما أنها لا تفيد إلا إباحة ويرى مالك أن العبرة بما يظهر من قصد المعير فإن ظهر من عبارته أو من القرائن أنه يريد تمليكا كانت تمليكا وإن ظهر أنه يريد إباحة كانت إباحة. ويحتج الحنفية بأن لفظ العارية يفيد التمليك لأنه من العرية وهي العطية؛ ولذا انعقدت بلفظ ملكتك منافع هذا الشيء وجاز للتسعير أن يعير ويحتج الشافعية بأنها تنعقد بلفظ أبحت لك كذا وذلك اللفظ لا يفيد تمليكا ولو كانت تمليكا لاشترط فيها ذكر مدة كالإجارة؛ لأن التمليك لا يصح مع الجهالة وملك المنفعة يكون بذكر مدتها. ولما ملك المعير أن ينهى المستعير عن استعمال معين كما لا يملك المؤجر أن ينهي المستأجر ولجاز للمستعير أن يؤجر. وقد أجيب عن ذلك بأنها إذا انعقدت بلفظ الإباحة فلإفادتها التمليك مجازًا وجازت مع الجهالة الناشئة عن عدم ذكر المدة لأنها جهالة لا تفضي إلى نزاع لأن العارية عقد تبرع غير لازم. ونهي المعير من قبيل منعه المستعير عن تحصيل منفعة معينة فكان في معنى إنهاء العارية بالنسبة لهذه المنفعة. ولم يجز للمستعير أن يؤجر لأن الملك في الإجارة أقوى منه في العارية ومن يملك الأضعف لا يملك الأقوى ألا ترى أنه في الإجارة لازم وفي نظير بدل وفي العارية بالمجان وغير لازم.

(٣) أي عند الشافعية والمالكية فإن الإمام إذا تركها في أيدي أهلها نظير خراج دائم كانت وقفا وملكوا منفعتها وذلك رأي أحمد وإلى مثل ذلك ذهب مالك. أما الحنفية فيرونها مملوكة العين لأهلها والشافعية يرونها ملكا للغانمين.

(٤) وما لقول الحنفية من أن الموصى له بالمنفعة ينتفع بها على أنها على حكم ملك المتوفى فافتراض لا ينافي واقع الأمر وهي أنها ملك للورثة.



ب- حق الانتفاع:

ويريد به علماء القانون كأمر انتفاع الموقوف عليه أو الموصى له أو المنتفع بالأرض الخراجية وما إلى ذلك دون انتفاع المستأجر فإن حق المستأجر محل خلاف بينهم أهو حق شخصي كما ذهب إليه القانون المدني المصري أم هو حق عيني كحق الموصى له بالمنفعة لما قدمناه من بيان وقد علمت أن هذا كله عند فقهاء الشريعة من قبيل ملكية المنفعة وأنهم لا يفرقون بين انتفاع المستأجر وانتفاع الموصى له في الموقوف عليه، أما ما يسمى عندهم بحق الانتفاع وخاصة عند المالكية فهو الحق الناشئ عن الإباحة. ولا يعد من الحقوق العينية عند علماء القانون بل هو عندهم من الحقوق الشخصية لأنه يستند إلى التزام الآذن به بسبب ما أصدره من إذن موقوت. ولذا فليس له دوام وإنما يبقى ما بقي هذا الإذن فإذا عدل الآذن عنه انتهى هذا الحق.

وخلاصة القول أن فقهاء الشريعة يقسمون الملكية قسمين: ملكية تامة وهي ما يسميها القانونيون بحق الملكية، وملكية ناقصة وتشمل ملكية العين وحدها وملكية المنفعة وحدها. فأما ملكية العين فيتناولها عند القانونيين حق الملكية وأما ملكية المنفعة فهي ما يسمونه بحق الانتفاع. أما حق الانتفاع عند الشرعيين فهو ما للمنتفع من مكنة شرعية بها يستطيع أن ينتفع ولذا نرى أنه قد يكون أثرا لملكية المنفعة وقد يكون أثرا للإباحة. ويقل أن ترى فقهاء الشريعة يتكلمون عن ملكية العين أو المنفعة بعنوان أنها حق من الحقوق بل الأمر الكثير أن يجعلوا الحق قسيما لها.

جـ- حق الارتفاق[1]:

يريد به علماء القانون الحق المقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول وذلك كحق الشرب وحق المرور وحق التعلي وحق المسيل «الصرف». وهذه الحقوق عند فقهاء الشريعة الإسلامية من قبيل ملك المنفعة ولكنها تمتاز

---

(١) الارتفاق لغة الاتكاء على مرفق اليد «بكسر فسكون ففتح أو بفتح فسكون فكسر» والانتفاع بالشيء يقال: ارتفقت بهذا الشيء إذا انتفعت به وإطلاق هذا اللفظ على هذا النوع من الحقوق خاصة اصطلاح للمالكية ولذا لا تجده مستعملا في كتب الحنفية.

بإطلاق اسم الحقوق عليها كثيرا عندهم. وهي منفعة لعقار تابعة له تنتقل معه أينما انتقل، ومالكها هو مالك ذلك العقار. وبسبب هذه التبعية لم تكن المنفعة مؤقتة بوقت محدود كغيرها من المنافع بل تبقى ما بقي العقار إلى أن يتنازل مالك العقار عنها؛ ولهذا تنتقل بالميراث إلى وارثه حتى عند الحنفية الذين يرون أن الحقوق لا تنتقل بالميراث. وعلى هذا فهي منفعة منتقصة من ملكية العقار المرتفق به «الخادم» ومملوكة لمالك العقار المرتفق «المخدوم» على أنها تبع لذلك العقار ولذا يتصرف فيها وتورث معه وذلك لا يمنع من جواز تصرفه فيها استقلالا وتوريثه إياها استقلالا بشروط خاصة ليس هذا محل ذكرها.

ومما ينبغي التنبيه إليه أن حقوق الارتفاق محصورة عند كثير من العلماء -ومنهم الحنفية- في حقوق الشرب والطريق والمجرى والمسيل والتعلي والجوار ولا يجوز لمالك عقار أن ينشئ على عقاره حقوق ارتفاق أخرى لأن في إنشائها تقييدًا للملكية التامة والأصل فيه ألا تقبل تقييدًا. وما قيدت بتلك الحقوق إلا استثناء ولا يتوسع في الاستثناء ويرى آخرون ومنهم المالكية أنها غير محصورة فيما ذكر ويجوز إنشاء حقوق ارتفاق أخرى بالإرادة والالتزام كأن يقرر شخص على أرض يملكها ألا يقيم على ناحية منها لأرض أخرى بناء، وألا يرتفع ببنائه إلا إلى ارتفاع معين وهكذا مما هو معروف الآن.

وينشأ حق الارتفاق بسبب من الأسباب الآتية:

١- الشركة في المرافق العامة. فهي منشأ ما للعقارات المتصلة بالطرق العامة أو بالمراوي العامة أو بالمصارف العامة من حقوق ارتفاق على هذه المرافق.

٢- التزامها في عقد معاوضة باشتراكها فيه إذا ما جرى العرف بذلك[1] فإذا باع شخص أرضا لآخر على أن يكون عليها حق مرور إلى أرض أخرى مملوكة له أو لغيرهما أو حق جريان الماء منها إلى تلك الأرض وتم العقد على ذلك ثبت على الأرض المبيعة حق ارتفاق «حق مرور أو مجرى» للأرض الأخرى.

(١) هذا الشرط روعي فيه مذاهب الحنفية حتى لا يكون شرطا فاسدا أما عند الحنابلة مثلا فلا يشترط جريان العرف بذلك لأنه شرط صحيح وإن لم يجريه العرف.

٣- الانتفاع بأرض في حق من هذه الحقوق إذا كانت مواتا، بأن اتخذ أرضا مواتا طريقا إلى أرضه أو طريقا لري أرضه أو مصرفا لها فإن الأرض الموات تصبح بهذا الانتفاع محملة بحق ارتفاق لأرض المنتفع.

٤- القدم عند الجهل بمنشأ الحق. والواقع أن القدم ليس سببًا منشئًا ولكن لما تنوسي السبب لطول العهد وبقي الحق معروفا نسب إلى القدم لعدم ترجيح سبب على آخر.

٥- التزام حق من هذه الحقوق بطريق التبرع. وهذا عند المالكية خاصة وخالفهم غيرهم بناء على أن التبرع غير ملزم وللمتبرع أن يرجع في تبرعه، وعلى هذا إذا تبرع إنسان فالتزم لشخص بأن يروي أرضه من أرضه كان ذلك كافيا في تقرير حق ارتفاق لأرض المتبرع له علي أرض المتبرع وكان لازما دائما عند المالكية الذين يرون لزوم التبرع. ولم يكن كافيا عند الحنفية من يرى رأيهم، إذ يرون أن هذا مجرد إذن لا يفيد إلا إباحة وهي موقوتة ببقاء الإذن وللآذن أن يرجع عن إذنه فإذا رجع أو توفى انتهى هذا الحق.

٦- إنشاء حق من هذه الحقوق بعقد معاوضة استقلالاً وهذا أيضا عند المالكية. ومبنى هذا أن هذه الحقوق لا تقبل المعاوضة ولا التصرف فيها استقلالا عند الحنفية على الجملة؛ ولذا لا يجوز أن تنشأ بعقد معاوضة. وتقبل ذلك عند المالكية ولذا يجوز أن تنشأ عندهم بعقد معاوضة، فينشئ مالك أرض عليها حق جريان الماء منها بعوض يدفعه المنتفع بهذا الحق وهو مالك الأرض المحتاجة إلى الماء.

٧- مضي زمن على الانتفاع بهذا الحق دون اعتراض ممن له حق الاعتراض وهذا عند المالكية أيضا وكأنهم قد اعتبروا مضي الزمن مع السكوت فيه وعدم المعارضة رضا وتبرعا بالحق، واختلفوا في مقدار الزمن فقيل أربعة أعوام وقيل أكثر من ذلك[1].

٨- شراء العلو بالنسبة لحق التعلي، وهل يجوز شراء العلو مع عدم وجود بناء مستعل؟ ذلك محل خلاف بين الحنفية من ناحية وبين المالكية والحنابلة من ناحية أخرى. منعه الأولون فقالوا إنما يجوز بيع البناء القائم ويتبعه ثبوت حق التعلي وقال

---

(١) راجع التبصرة جـ٢ ص ٦٤٢.

الآخرون يجوز بيع البناء القائم ويجوز بيع الحق نفسه دون وجود بناء.
٩- الجوار بالنسبة لحقوق الجوار وهذا عند المالكية ومتأخري الحنفية خلافا لغيرهم إذا لم يثبتوا للجار حقا على عقار جاره لأن ذلك تقييد للملكية التامة.
د- حق الامتياز. وحق رهن العقار، وحق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله أو بعضه لحصوله على دينه، وحق الحبس. هذه حقوق أربعة يجمعها غرض واحد هو توثيق حق شخص آخر وضمان وفائه. ولذا كانت حقوقا عينية تبعية لتبعيتها لغيرها من الحقوق الشخصية.

وقد جعل القانون حق الامتياز لأنواع معينة معدودة من الديون لكي تستوفي قبل غيرها إما من جميع أموال المدين «وذلك إذا كان الدين المراد استيفاؤه ضرائب أو رسوما مستحقة للحكومة» وإما من جزء معين من أمواله وذلك إذا كان الدين المراد استيفاؤه له اتصال خاص بذلك الجزء المعين من المال كأن تكون حيازة هذا الجزء أساس الرضا بثبوت هذا الدين في ذمة المدين. كما هو الحال في متاع النازلين في الفنادق بالنسبة لما ترتب في ذممهم من الأجرة. أو يكون لذلك الدين سبب متصل بوجود ذلك الجزء من المال أو ببقائه ونمائه كما في أثمان البذور وأجور المستخدمين والعمال وأجرة الأرض المستأجرة للزراعة وثمن البيع المستحق للبائع على المشتري ففي الحال الأولى يقدم استيفاء الدين صاحب الامتياز على غيره من الديون التي ليس لها هذا الحق من جميع ما يملكه المدين. وفي الحال الثانية يقدم استيفاء الدين صاحب الامتياز على غيره من الديون التي ليس لها هذا الحق من المال المتعلق به خاصة وليس له حق التقدم على غيره في غير ذلك المال، فثمن المبيع يستوفى منه ابتداء ما دام في ملك المشتري وتوافرت جميع الشروط التي يشترطها القانون في ذلك[1].

وفقهاء الشريعة الإسلامية يعرفون حق الامتياز ولكنهم لا يعطونه لجميع الحقوق المبينة في المادة ٦٠١ إذ لا يعطونه مثلا للضرائب ولا للرسوم ولا لثمن الآلات الزراعية ولا للأجرة المستحقة للمؤجر على الأعيان المستأجرة. فهذه الحقوق تتساوى مع غيرها من الديون في الاستيفاء ما دامت غير مضمونة برهن. وإنما يعطيه

(١) راجع المادة ٦٠١ مدني.

الفقهاء للحقوق الآتية على خلاف فيها بين أصحاب المذاهب وهاك بعض الأمثلة:

١- ما يستحقه المستأجر في ذمة المؤجر من الأجرة المعجلة إذا ما فسخت الإجارة بسبب من الأسباب قبل مضي المدة. يرى الحنفية أن هذا الحق امتيازا في استيفائه من ثمن العين المستأجرة إذا بيعت، فيقدم على كل دين خلافه، مثلا إذا بيعت أموال المؤجر بما فيها العين المستأجرة لسداد الديون وفسخت الإجارة بسبب ذلك وكان المستأجر قد عجل أجرة المدة كلها فإنه يستوفى من ثمن هذه العين ما له من الأجرة الباقية أولا وإن استغرقها وما يفضل منه بعد ذلك فللغرماء. ولهذا قال الحنفية إن الإجارة لا تفسخ ولا تباع العين في الديون إذا كان الباقي من الأجرة المعجلة يستغرق قيمة العين أو ما ستباع به ذلك لأنه لا فائدة للغرماء من بيعها حينئذ فسوف لا يبقى لهم من ثمنها شيء إذا بيعت.

ويرى الشافعي وأحمد أن العين المستأجرة تباع في الدين ولكن لا يترتب على بيعها فسخ الإجارة بل تبقى حتى يستوفي المستأجر مدته وعلى ذلك فليس عندهم لذلك الحق امتياز[1].

٢- ما احتاج إليه المتوفى في تجهيزه ودفنه أو في تجهيز من تجب عليه نفقته[2]. وهذا الحق يمتاز في الوفاء من التركة على كل حق سواه عند أحمد حتى إنه ليقدمه على الحقوق المتعلقة ببعض أعيانها فيما تعلقت به كالرهن، أما عند الحنفية فهو مؤخر عن الديون المتعلقة ببعض أعيان التركة فيما تعلقت به، وذلك كالثمن بالنسبة للمبيع المحبوس به في يد البائع إلى أن يوفى والأجرة المعجلة بالنسبة للعين المستأجرة إذا توفى المؤجر قبل انتهاء مدة الإجارة، والدين بالنسبة للعين المرهونة به، فهذه الديون مقدمة على حق الكفن والتجهيز إلى الدفن، ثم يليها في الاستيفاء هذا الحق فيمتاز على غيره من الحقوق بعد ذلك. والمالكية يجعلون هذا الحق أيضا في المرتبة الثانية أي بعد الحقوق التي تعلقت بعين معينة من التركة

(١) راجع رد المحتار لابن عابدين جـ٥ ص٥٦ والروض جـ٢ ص١٩٧ وكشاف القناع جـ٢ ص٢١٧.

(٢) عدا الزوجة فإن مؤونة تجهيزها في تركتها عند أحمد وأبي حنيفة وقال أبو يوسف على زوجها مطلقا موسرة أو معسرة وبه يفتى.

كدين الرهن وزكاة حب أو ثمر إذا حدثت الوفاة عند حلول وقت أدائها وزكاة الماشية إذا حدثت الوفاة أيضا عند حلولها وفيها السن التي تجب فيها.

والشافعية يقدمون عليه أربعة حقوق: الزكاة ودين الرهن وحق بيع المفلس وحق القراض.

٣- جميع النفقات التي تنفق في سبيل تسديد الديون المحيطة بأموال الدين عند بيع أمواله للوفاء كأجرة الكيال وأجرة الحافظ وأجرة الدلال وأجرة الحمال فهذه الحقوق كلها تقدم في الوفاء على الديون التي بيع من أجلها مال المدين وهذا مذهب الشافعي وأحمد(١) وبهذا المبدأ أخذ القانون المدني في الفقرة الأولى من المادة ٦٠١ إذ جعل للمصاريف القضائية التي تصرف لحفظ أملاك المدين وبيعها حق الامتياز على دين الدائنين الذين صرفت من أجل ديونهم تلك المصاريف ولا يرى هذا أبو حنيفة فيما أعلم.

٤- ثمن ما بيع تنفيذا للحجر وسداد الديون إذا ظهر أن المبيع مستحق وهذا مذهب الشافعي(٢).

٥- أجرة الأرض نظير بقاء الزرع فيها إلى الحصاد إذا ما أريد بيعه في سبيل سداد الديون بعد الحجر ولما يدرك فرئى إبقاؤه في الأرض حتى يدرك لمصلحة المدين والدائنين، وكذلك جميع ما ينفق على الزرع أو الثمر لإصلاحه وإدراكه بإذن الحاكم أو باتفاق الغرماء والمفلس وهذا مذهب الشافعي(٣).

٦- دين الزكاة الواجبة في حياة المتوفى فإن الشافعي - رحمه الله تعالى - يرى تقديمه في المال الذي وجب فيه على كل الحقوق الأخرى فإذا مات عن عروض تجارة وجبت فيها الزكاة أخرجت الزكاة منها أولا.

٧- جميع ما أنفق على التركة لمصلحة التركة حتى توفى الديون وتقسم بين مستحقيها فإن أحمد - رحمه الله تعالى - يرى أنه يتقدم في الوفاء بديونها(٤).

---

(١) راجع الروض جـ٢ ص١٩٢ والكشاف جـ٢ ص٢١٦.

(٢) روض ج٢ ص ١٩٣.

(٣) روض جـ٢ ص١٩٧.

(٤) راجع الكشاف جـ٢ ص٢١٧.

٨- ديون الصحة فإن الحنفية يرون أنها ممتازة في الوفاء عن ديون المرض.

٩- الديون العادية متقدمة في الوفاء عن ديون الوصية بإجماع المسلمين فكل دين ثبت في حال حياة المتوفى له امتياز في الوفاء من تركته على حق الوصية المرسلة بالمال.

هذه أمثلة لحق الامتياز عند فقهاء الشريعة الإسلامية ذكرناها قصدا إلى البيان لا حصرًا لها.

وأما حق رهن العقار فيريد به فقهاء القانون رهنه رهنا تأمينيًّا وهو الثابت بموجب عقد رسمي محرر في قلم كتاب إحدى المحاكم بين الدائن ومالك العقار تأمينا لوفاء الدين[1]. وهذا الرهن لا يستوجب وضع العقار المرهون تحت يد الدائن أو يد عدل يرتضيه هو والمدين بل يتم مع بقاء العقار تحت يد الراهن «المدين».

ومذهب فقهاء المسلمين أن الرهن لا يتم إلا بالقبض ولا يكون المرتهن مختصا بما ارتهنه إلا بعد قبضه أما قبله فهو فيه أسوة الغرماء. وإن كان العقد في هذه الحال يعد لازما عند مالك بمجرد القول فيلزم الراهن بتسليم الرهن ما لم يمت أو يحكم عليه بإفلاسه.

ويتقدم المرتهن في استيفاء دينه من الرهن على كل دين سواه حال حياة الراهن والمرتهن باتفاق. فإذا مات أحدهما فالحكم كذلك عند الأئمة الأربعة عدا أحمد بالنسبة إلى التجهيز كما تقدم وخالفهم في ذلك أهل الظاهر فقالوا إذا توفى أحدهما بطل الرهن ووجب رد العين المرهونة إلى مالكها أو إلى ورثته وحل الدين إن كان مؤجلا ولا يكون المرتهن أولى بثمن الرهن من سائر الغرماء، لأن الرهن التزام وعقد بين الراهن والمرتهن فإذا مات أحدهما بطل ذلك الالتزام وهذا رأي غير وجيه، والنتيجة أن جمهور الفقهاء يرون أن المرتهن يختص برهنه حتى يستوفي دينه فإن بقيت منه بقية كانت لسائر الغرماء وإن بقى له من حقه شيء كان أسوة الغرماء فيه.

وأما حق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله أو بعضه لحصوله على دينه فإنه يكون لكل دائن بيده حكم صادر في مواجهة الأخصام أو في غيبة أحدهم بناء على

(١) راجع المادة ٥٥٧ مدني.

أمر يصدره رئيس المحكمة باختصاصه بما بينه الدائن بطلبه من عقار المدين توثيقا لدينه، فإذا أصدر له ذلك الاختصاص بناء على طلبه كان له كل الحقوق التي تترتب على الرهن العقاري[1].

وهذا الحق لا يقره الفقه الإسلامي لأنه في الواقع نوع من الرهن يتم رغم إرادة المدين ودون توافر الشروط اللازمة لتمام الرهن ولم أجد له شبيها في الفقه الإسلامي.

وأما حق الحبس فيراد به حبس مال ضمانا لوفاء حق من الحقوق. وهذا الحق مقرر في الشريعة الإسلامية في أحوال عديدة نكتفي منها بذكر الآتي:

١- يرى الحنفية أن للبائع الحق في حبس المبيع عن مشتريه حتى يقبض ثمنه كله إن كان حالا أو الحال منه إن أجل بعضه. وهذا الحق يثبت له ما دام لم يسلم المبيع إلى المشتري اختيارا أما إذا سلمه إليه اختيارا فلا يكون له هذا الحق ولذا لا يكون له حق استرداده.

ويرى المالكية أن للبائع الحق في حبس المبيع حتى يقبض الحال من ثمنه ولا يحبسه في مؤجل[2].

ويرى الشافعية أنه ليس هذا الحق إلا إذا كان الثمن أو بعضه حالا وخاف فوته لسبب من الأسباب[3].

أما أحمد فلا يرى أن للبائع حتى حبس المبيع بل يجبر البائع على تسليمه إلى المشتري ويجبر المشتري على أداء الثمن إلى البائع إن كان ماله حاضرا وإلا حجر عليه حتى يؤديه إذا كان ماله لا يبعد بمسافة القصر فإن بعد عن محل الأداء بمسافة قصر كان للبائع الحق في طلب فسخ البيع.

وهذا كله إذا لم يسلم البائع المبيع إلى مشتريه اختيارا فإن سلمه إليه اختيارا فلا يكون له حق استرداده ليحبسه عنه ضمانا لوفاء الثمن وإنما يكون له عند عدم

(١) راجع مادة ٥٩٥، ٥٩٩ مدني.

(٢) «راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير جـ٣ ص ٢٨٣».

(٣) «راجع الروض جـ٢ ص٩٨».

أداء الثمن حق فسخ البيع عند الشافعي وأحمد وأبي ثور. وذهب مالك إلى أن له في هذه الحال حق فسخ البيع واسترداد المبيع وله إمضاؤه ويحاصص الغرماء بالثمن ويظهر هذا عندما تكون قيمة المبيع أقل من ثمنه. وذهب جماعة من أهل الأثر إلى تحكيم قيمة المبيع يوم الحكم بتفليس المشتري فإن كانت مساوية للثمن أو أقل منه لم يكن للبائع إلا أن يفسخ البيع ويسترد المبيع، وإن كانت أكثر كان له من قيمته مقدار ثمنه فقط وضم الباقي إلى أموال المشتري ليتحاص فيه الغرماء وذهب أبو حنيفة إلى أن المشتري لا يكون له حق فسخ البيع ويتحاص بالثمن مع الغرماء في جميع الأحوال.

٢- للوكيل بالشراء أن يحبس ما اشتراه بثمن حال عن موكله حتى يؤدي إليه الثمن سواء أكان الوكيل قد أدى الثمن من ماله أم لم يؤده، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وصاحباه، وخالفهم في ذلك زفر فلم يجعل له حق الحبس لأنه يرى أن يد الوكيل يد موكله وإن قبضه كان له فلا يجوز له أن يحبس ما قبضه باسم موكله عنه.

٣- للملتقط عند الحنفية إذا ما اتفق على اللقطة بإذن من القاضي أن يحبسها عن صاحبها حتى يؤدي إليه ما أنفقه عليها.

٤- وللوديع أيضا عند الحنفية أن يحبس الوديعة عن مودعها إذا ما اتفق عليها بإذن القاضي حتى يؤدي إليه ما أنفقه عليها.

٥- وللغاصب أن يحبس العين المغصوبة عن مالكها عند الحنفية إذا ما زاد فيها الغاصب زيادة رغب المالك في تملكها فيحبسها حتى يؤدي إليه المالك قيمة هذه الزيادة.

٦- للأجير أن يحبس العين التي كانت محلا لعمله عن مالكها المؤجر حتى يقبض أجرة عمله إذا كان لعمله أثر ظاهر فيها كالخياطة والصياغة.

ويلاحظ أن حق الحبس في جميع أحواله يعطي صاحبه حق الأولوية في الوفاء من العين المحبوسة إذا ما جعلت محلا للوفاء فيكون له فيها حق الامتياز على غيره من الغرماء.

حق التتبع

بالنسبة لحق الملكية:

يرى علماء الفقه الإسلامي أن ملكية الأعيان لا تزول بتركها[1] ولا بترك الانتفاع بها وإن طال زمن ذلك الترك ولا تثبت بوضع اليد عليها وإن طالت مدته وعلى ذلك يكون لمالك العين أن يتبعها حيث وجدت فيطلب ممن وضع يده عليها أن يردها إليه، وله أن يلتجئ في ذلك إلى القضاء ليعينه على استردادها ما لم يمنعه من ذلك الالتجاء تركه الادعاء بها المدة المانعة من الدعوى وهي التي بيناها فيما سبق.

ومن هذا نعلم أن حيازة العين سواء أكانت عقارا أم منقولا لا تمنع مالكها من المطالبة باستردادها، وإن ردها إليه رهن بإثبات ملكيته لها. لا فرق في ذلك بين أن يثبتها ملكية مطلقة، وأن يثبتها ملكية مستندة إلى سبب معين كشراء أو إرث أو هبة. وأن مجرد وضع اليد عليها لا يمنع من ادعاء ملكيتها والحكم بردها بعد إثبات تلك الملكية بدون حاجة إلى تكليف المدعي الذي يطالب بها بأن يثبت أن وضع يد المدعى عليه كان بسوء نية أو أنه يستند إلى سبب غير صحيح.

وكذلك يرون أن وضع اليد على العين عقارا كانت أم منقولا دليل الملك ظاهرا ويعللون ذلك بأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك عند عدم المنازعة فيه لأنها مرجع كل أدلته. إذ غاية ما يمكن في إثباته مشاهدة أسبابه من شراء وغيره وإثباتها لذلك إنما يرجع في النهاية إلى اليد. لأن التمليك لا يكون إلا من مالك وملكه في النهاية لا سبيل إلى معرفته وإثباته إلا بالرجوع إلى يده.

---

(١) إذا ترك إنسان مالا مملوكا له رغبة عنه لم يخرج من ملكه على الراجح عند الحنفية، فإذا أخذه إنسان آخر لم يملكه وكان لمالكه أن يسترده. وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد على أصح القولين عندهما. وهذا بخلاف ما إذا تركه لقوم معينين قائلا لهم من شاء منكم أن يأخذه فليأخذه. فإنه إذا أخذه إنسان منهم تملكه عند الحنفية لأن قوله ذلك من قبيل التمليك. والقول الآخر عند الحنفية والشافعية وأحمد أنه إذا ترك إنسان ماله رغبة عنه خرج عن ملكه وأصبح مالا مباحا يتملكه من يستولي عليه. راجع كتابنا أحكام المعاملات الشرعية.

ومعنى ذلك على الجملة أن واضع اليد يعتبر مالكا في ظاهر الأمر دون حاجة إلى تعرف سبب ملكه أو بيان بدايته وأن يده يجب أن تستمر وألا ترفع إلا بإثبات ما يستوجب رفعها. وإذا ما رفعت بغير موجب أعيدت، حتى إذا ما غصب العين غاصب فاستولى عليها كان لصاحب اليد عليها «قبل الغصب» أن يستردها بدعوى ملكيتها ولمن شاهد يده فيما مضى أن يشهد له بالملكية وعندئذ يحكم له بردها إليه وإعادتها كما كانت. وهكذا يدفع عنه كل اعتداء على يده وتمنع عنه كل منازعة لا تستند إلى دليل. لأن يده الظاهرة تصلح حجة لدفع كل ذلك بناء على القاعدة المقررة وهي «الظاهر يصلح حجة للدفع لا للإثبات» ولصلاحيته للدفع يندفع باليد الظاهرة كل تعد يراد منه رفعها وإثبات يد حادثة ولذا سمي القضاء بناء عليها قضاء ترك ولعدم صلاحيته للإثبات لم تصلح دليلا لإثبات الملك عند النزاع فيه نفسه فإذا ادعى العين «خارج» ملكا مطلقا أو بسبب لم تصلح اليد دافعا لدعواه ولا دليلا مثبتا لملك ذي اليد وبطلان دعوى الخارج ولذا إذا أقام الخارج بينة على ملكه قضى له بالعين ملكا له ولو كانت منقولة ولا تكون حيازتها وإن بسبب صحيح وبحسن نية مانعا من القضاء بها له.

ومما ينبغي ملاحظته أن اليد التي جعلوها دليل الملك عندهم في الظاهر هي اليد التي تورث في القلب طمأنينة إلى أنها يد ملك وهي اليد التي لا تتنافى مع ظاهر الحال أما ما لا يطمئن إليها القلب عند مشاهدتها، لأن ظاهر الحال يعارضها فلا تعتبر دليلا ومثلوا لذلك بأن يرى إنسان درة ثمنية في يد كناس أو خادم أو كتابًا ثمنيا في يد خادم مكتبة فإن هذه اليد في مثل هذه الحال لا تطمئن النفس إلى أنها يد ملك ولذا لا تصلح أن يتخذها الإنسان دليلا عليه ولا يسعه أن يشهد بالملكية لصاحبها. وقد ورد هذا عن أبي يوسف ورآه بعضهم تقييدا لما روي مطلقا عن محمد في هذا الموضوع.

وقد ذهب الشافعي - رحمه الله تعالى - إلى أن مجرد وضع اليد ومشاهدتها لا يصح أن يتخذ وحده دليلا للملك ولا يسوغ لإنسان عاينه أن يشهد به، ذلك أن اليد لا تستلزم الملك فإنها تكون للمالك وتكون لغيره من غاصب ومستعير ومودع.

ولكن إذا طالت مدتها[1] وصحبها تصرف من صاحبها فيها وضع يده عليه كتصرف الملاك جاز حينئذ أن تتخذ دليلا على الملك ويسوغ لمن شاهدها أن يشهد به لأن امتداد الأيدي والتصرف مع طول الزمن من غير منازع يفيد ظن الملك وهو كاف في الشهادة والقضاء وذهب بعض الشافعية إلى أنه لا يكفيه في الاستدلال على الملك وجود اليد والتصرف لأن الغاصب والمستأجر والوكيل أصحاب يد وتصرف كذلك ولا ملك لهم. بل لا بد أن ينضم إلى ذلك أن يستفيض معهما أن صاحبها مالك ولا يضير حينئذ قصر المدة، وذهب الخصاف من الحنفية إلى أنه يكفي في الاستدلال على الملك وجود اليد والتصرف فقط وهو قول لمالك[2].

والنتيجة أن حيازة المال إنما تعتبر دليل الملك في الظاهر كما قلنا ولا نثبته عند النزاع فيه ولذا قيل إذا شوهد أن رجلا في يده عقار يتصرف فيه تصرف الملاك وبيع بجواره عقار آخر فأراد أن يأخذه بالشفعة والمشتري ينازعه فيها زاعما أنه ليس مالكا لما تحت يده لم يقض له بالشفعة بناء على ما ظهر من يده وتصرفه بل لا بد من قيام الحجة على ملكه، وقيل أيضا إن اليد لا تصلح دافعا لبينة تقام على الملك إذا ما أقامها شخص خارج يدعيه. وهذا واضح ما دام ذو اليد لم يقم بينة على ملكه أما إذا أراد أن يقيم هو الآخر بينة على ملكه فلا تقبل منه عند الحنفية وهو قول لأحمد وهذا محل نقد، ولكن الشافعية يقبلونها ويقدمونها على بينة الخارج وهذا واضح.

ومن هذا البيان يظهر اختلاف نظر الشرع الإسلامي عن نظر الشرع الوضعي فإن الشرع الوضعي يفرق بين العقار والمنقول فلا يجعل حيازة العقار سندا لملكه ولا تدفع ادعاء ملكيته من شخص آخر ليس في يده. ولهذا يتوافر فيه لمالكه حق التتبع فله أن يتبعه بدعوى امتلاكه ورده إليه حيث وجد. وهو في هذا يتفق نظره مع

---

(١) ليس لطولها حد مقرر شرعا ولكن يترك ذلك للعرف ورأى القاضي.

(٢) راجع الزيلعي جـ٤ ص٦١. والكمال على الهداية جـ٦ ص٢٤ والبحر جـ٧ ص٢ ونهاية المحتاج جـ٨ ص١٠٢ ولا يراد بهذا الخلاف أنهم يختلفون في الإبقاء على اليد القائمة فعلا حتى يثبت ما يستوجب رفعها بل ذلك محل اتفاق بينهم وإنما الخلاف بينهم في جواز ابتناء الشهادة بالملك على اليد واتخاذ هذه الشهادة أساسا للحكم بالملك لصاحب اليد، على أن بعض الفقهاء من المالكية يرى أن وجود اليد مع التصرف مدة من الزمن يكفي في منع دعوى الملك ممن شاهد ذلك فسكت مدة ثم ادعى.

نظر فقهاء الشريعة[1]. ولكنه يجعل حيازة المنقول سندا لملكه فإن المادة ٤٦ مدني تنص على أن ملكية المنقول تنتقل بتسليمه إلى من سلم إليه بناء على سبب صحيح متى كان ذلك بحسن نية من المتسلم ولو لم يكن ملكا لمن سلمه واستثنت من ذلك ما للمالك الحقيقي من حق استرداد ملكه في حالتي الضياع والسرقة. ونصت المادة ٦٠٨ على أن مجرد وضع اليد على المنقول يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن نية المتسلم إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك. وبناء على ما ذكر إذا تصرف المستعير مثلا في العارية المنقولة فباعها لشخص حسن النية وسلمها إليه فإنه لا يكون لمالكها الحق في استردادها قانونا من مشتريها وليس له إلا طلب التعويض من المستعير. وإذن يرى في هذه الحال وما ماثلها أن حق المالك في التتبع يحول دون تحقيقه فيها جعل حيازة المنقول سندا لملكه وهذا ما لا يراه الشارع الإسلامي فإنه يجعل للمالك في هذه الحال أيضا حق استرداد ملكه ممن اشتراه من المستعير ويجعل للمشتري حق الرجوع على بائعه بالثمن. ومن هذا يرى أن حق التتبع في الشريعة الإسلامية لا يحول دونه حائل بالنسبة لمن له حق الملكية سواء أكان في عقار أم في منقول.

بالنسبة إلى حق الانتفاع:

علمنا أن فقهاء القانون يريدون بحق الانتفاع ملك المنفعة الذي هو عبارة عن مجموع حق الاستعمال وحق الاستغلال ويعدونه من الحقوق العينية كما تقدم وإن كثيرا منهم لا يرون أن حق المستأجر في العين المستأجرة ولا حق المستعير في العين المستعارة - بالأولى - من الحقوق العينية ولذا لا يعدونهما من حق الانتفاع الذي هو حق عيني.

أما فقهاء الشريعة فقد علمت أنهم قد يطلقون حق الانتفاع على ما يترتب على حق الإباحة من حق يثبت للمباح له وذلك هو اصطلاح المالكية وقد يطلقونه على ما

(١) فكلاهما لا يجعل حيازة العقار سندا لملكيته وكلاهما يحافظ على اليد القائمة عليه فلا ترتفع إلا بسبب يستوجب رفعها شرعا أو قانونا ويؤيد نص الفقهاء على أن اليد يصح أن تكون محل خصومة ونزاع ويصح القضاء بها ولذا يقول أبو يوسف ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف، بل إن دعوى الملك المطلق لا تعدو أن تكون دعوة بإزالة اليد العارضة وإعادة اليد الحقيقية السابقة. راجع التكملة جـ١ ص٣٠٢ وما بعدها والأشباه والنظائر في الكلام على الملك.

هو أعم من ذلك وهو ما يترتب على ملك العين أو ملك المنفعة أو الإباحة من حق في الانتفاع بالعين التي هي محل الملك أو محل الإباحة.

وأما ملك المنفعة فيشمل عندهم كما قدمنا ملك الموصى له بالمنفعة وملك الموقوف عليه والمستأجر والمستعير على خلاف بينهم في ملك المستعير وفي ملك الموقوف عليه والموصى له في بغض أحوالهما.

فأما حق الموقوف عليه في الانتفاع بالعين الموقوفة فهو عندهم متعلق بالعين لا يفارقها ما دام قائما وعلى هذا فهو يحتج به أمام الكافة وبسببه تقتفي العين وتتبع حيث كانت ولا يؤثر في ذلك استبدال ناظر عليها بآخر ولا غصب غاصب لها، ثم هي كما نعلم لا تقبل مع هذا بيعًا ولا رهنا، وأنها إذا بيعت بمسوغ انتقل ذلك الحق «حق التتبع» إلى بدلها بعد تعيينه وبذا يظهر أن حق التتبع بالنسبة إلى ملك الموقوف عليه حق ظاهر في العين الموقوفة لا يحول دونه فيها إلا البيع بمسوغ وعندئذ ينتقل الحق إلى البدل.

وكذلك الحكم بالنسبة إلى حق الموصى له بمنفعة عين إذا ما تمت الوصية بموت الموصي وقبول الموصى له. فإنه في هذه الحال يلزم العين ولا يفارقها سواء أكانت عقارا أو منقولا. غير أنه يتوقف عند الحنفية بحياة الموصى له فلا ينتقل بعد وفاته إلى ورثته إن كان مطلقا أو مؤقتا بمدة وقد توفي الموصى له قبل تمامها.

ويتوقف كذلك مما حدد له من وقت إن بقي الموصى له حيا إلى ما بعد انقضائه وبهذا أخذ القانون المدني. ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا ينتهي بوفاة الموصى له إذا ما توفي قبل انتهاء المدة التي حددت له بل ينتقل إلى ورثته وسنعرض لهذا بتفصيل واف عند كلامنا على تأثير الموت في حق الانتفاع. وعلى أية حال فحق التتبع يثبت للموصى له بالمنفعة ولا يتأثر بانتقال العين الموصى بمنفعتها من وارث إلى آخر ويحتج به ضد كل شخص يضع يده على العين بأي شكل من الأشكال. ويؤيد ذلك أن الحنفية لا يجوزون العين الموصى بمنفعتها إلا لمالك المنفعة فالبيع له نافذ. أما البيع لغيره فموقوف على إذنه عندهم فإن أذن به نفذ وسقط حقه في الانتفاع ولا

ينتقل إلى الثمن إلا بناء على التراضي بينه وبين الورثة الذين يملكون العين[1]. ويرى الشافعية أن بيع العين الموصى بمنفعتها جائز مطلقا إذا كانت الوصية مؤقتة بوقت كما ينفذ بيع العين المستأجرة ولا يؤثر هذا البيع عندهم في حق مالك المنفعة فيلازمها بعد انتقال ملكيتها إلى مشتريها. أما إذا كانت مؤبدة فالشافعية في بيعها عدة أقوال: أولها وهو أصحها أن بيعها للموصى له بالمنفعة جائز دون غيره إذ لا فائدة لغيره في هذا البيع. وهذا إذا لم يجتمع مالك المنفعة ومالك الرقبة على بيعهما جميعا لثالث فإن اجتمعا على ذلك جاز البيع ونفذ. ثانيها أن بيعها للموصى له ولغيره جائز ونافذ مطلقا لأن الفائدة غير منفية قطعا فقد يبيعها مشتريها لمالك المنفعة بعد أن يشتريها، وثالثها لا يصح بيعها مطلقا لانعدام منفعة البيع[2].

ومما تقدم يتبين أن كلا من الموقوف عليه والموصى له بالمنفعة يتمتع بحق التتبع في الشريعة الإسلامية.

وأما حق المستأجر فلا يكاد يختلف في الحكم عن حق الموصى له بالمنفعة فله كذلك خاصية التتبع ويحتج به المستأجر أمام الكافة متى كانت الإجارة نافذة ويؤيد هذا ما ذهب إليه الحنفية من أن بيع العين المستأجرة قبل انتهاء مدة الإجارة موقوف لا يترتب عليه أثره وليس للمؤجر حق فسخه لتمامه من ناحيته وللمشتري هذا الحق إذا كان لا يعلم وقت الشراء أن العين مستأجرة «أهـ من الذخيرة» وقال الصدر الشهيد: للمشتري حق الفسخ في ظاهر الرواية وإن كان يعلم أن العين مستأجرة وقت شرائها «نقله صاحب الغيائية».

وإذا لم يفسخ البيع فإنه يظل موقوفا إلى أن تنتهي الإجارة بانقضاء مدتها فينفذ بانتهائها أو ينفسخ بسبب موجب الفسخ. وقد اختلفت الرواية في ثبوت حق الفسخ للمستأجر: ذكر الصدر الشهيد أن له ذلك الحق في ظاهر الرواية وروى الطحاوي أن ليس له ذلك والفتوى عليه كما في الفصول العمادية وهذا هو المتجه إذ لا وجه لإعطاء

(١) راجع الأشباه والنظائر فن٣ ص ٢٠٧، ٢٠٨..

(٢) راجع النهاية جـ٦ ص ٨١.

المستأجر حق الفسخ ما دام حقه لم يتأثر بالبيع[1]. وذهب الشافعي وأحمد إلى صحة بيع العين المستأجرة وأنها تبقى في يد المستأجر إلى أن تنقضي مدة الإجارة ثم تسلم العين عند ذلك إلى مشتريها[2]. ويظهر لي أن محل هذا إذا كان المشتري يعلم وقت الشراء أن العين مؤجرة أما إذا كان لا يعلم ذلك ثم علم بعد العقد ولم يرضه فإن له حينئذ خيار الفسخ وعلى أية حال فحق المستأجر باق إلى انتهاء مدة إجارته ومن هذا يتبين أن للمستأجر حق التتبع وأنه يحتج به ضد أي شخص يضع يده على العين أو يريد أخذها منه، ومنه ترى أن لا فرق بين حق الموصى له وحق المستأجر في استتباع كل منهما لحق التتبع.

وأما بالنسبة للمستعير فقد علمت أن ملكه للمنفعة عند الحنفية ملك غير لازم سواء أكانت العارية مؤقتة أم مطلقة وعلى ذلك إذا تصرف المعير في العارية تصرفا يستوجب لغير المستعير حقا فيها كان ذلك إنهاء لعقد العارية ولم يستطع المستعير أن يزعم أن له حقا يحتج به قبل ذلك الشخص. أما إذا اعتدى على يد المستعير معتد بأن غصب العارية منه غاصب فإنه يستطيع حينئذ أن يستردها بواسطة القضاء إذا عجز عن استردادها بطريق الرضا لأنه خصم في إثبات يده، وعندئذ لا تسمع فيها من الغاصب دعوى الملك إذا أراد أن يدفع بها دعوى المستعير بل عليه أن يردها كما كانت في يد مستعيرها ثم يرفع دعوى تملكها على مالكها المعير لا على المستعير، وقد علمت أن الشافعي وأحمد يريان أن المستعير مباح له وليس بمالك للمنفعة وله حق الانتفاع بسبب الإباحة وهو حق غير لازم وينتهي بأي تصرف من المالك يقتضي بانتهائه ولذا لا يستطيع المستعير كذلك أن يحتج بحقه قبل أي شخص اكتسب في العين حقا من مالكها ولذا لا يكون له حق التتبع[3].

ويرى مالك – رحمه الله تعالى – أن العارية من قبيل التمليك ما دام لم يصحبها شرط يجعلها من قبيل الإباحة كأن يشترط المعير على المستعير أن ينتفع بنفسه فقط،

(1) راجع الهندية جـ٣ ص١١٠».
(2) راجع الروض جـ٢ ص ١٩٧ والشرح الكبير جـ٤ ص ٤٤٩.
(3) راجع الروض جـ٢ وكشاف القناع جـ٢، في أحكام العارية.

وإذا أقتت عنده بوقت لزمت مدة هذا الوقت فلا يجوز الرجوع عنها قبل انتهائه شأنها في ذلك شأن الإجارة إلا أن التمليك في الإجارة بعوض وفيها بالمجان وعندئذ يكون للمستعير عند مالك أن يحتج بحقه قبل أي شخص آخر. ويتتبع العين حين وجدت كالموصى له بالمنفعة والمستأجر وجاء في منح الجليل أن تصرف المالك في العين المستأجرة لا يترتب عليه فسخ الإجارة وقد علمت أن المستعير لمدة معينة مثله.

وفي حكم الحقوق المتقدمة عند المالكية حق الخلو وهو في اصطلاحهم عبارة عن منفعة يتملكها من يدفع نقودا إلى ناظر وقف ليعمره به. ومن صورها أيضا أن يكون لمسجد أوقاف ليس لها ريع يكفي لعمارته فيأخذ الناظر عليه من مستأجر هذه الأوقاف ما يعمر به المسجد على أن يكون له نظير ما دفع حق الخلو على الأعيان التي يستأجرها فعلا. وبثبوت هذا الحق تنتقص الأجرة إلى المقدار الذي يتفق عليه عند دفع النقود ومعنى ذلك أن الأجرة تصبح مقسومة بين الوقف وحق الخلو على حسب ما اتفق عليه فما أصاب حق الخلو يسقط من المستأجر وما أصاب الوقف يؤخذ منه ومن ذلك يظهر أنه نوع من ملك المنفعة إذ إن صاحب حق الخلو يعتبر مالكا لجزء من منافع العين الموقوفة على المسجد. ويرى المالكية أن هذا الحق يورث ويباع ويؤجر وإذا مات صاحبه لا عن وارث كان لبيت المال ومن ذلك يتبين أنه حق عيني بالاصطلاح القانوني ولصاحبه حق التتبع كما هو ظاهر.

بالنسبة إلى حق الارتفاق:

تبين لنا من تعريف حق الارتفاق أنه يتبع العقار المرتفق به حيث ذهب، ولا شك أن هذا يقتضي أن لصاحبه أن يتبع العقار حيث وجد ليستوفي حقه منه ومن هذا يتبين أن حق الارتفاق في الشريعة الإسلامية يستلزم حق التتبع فإذا بيعت العين المرتفق بها أو استؤجرت أو رهنت أو أعيرت أو غصبت كان لصاحب حق الارتفاق أن يتبعها بحقه ويحتج به قبل من هي يده مشتريا كان أو مرتهنا أو غيره.

بالنسبة إلى حق الامتياز وحق الرهن وحق الحبس:

علمنا مما سبق أن حق التتبع هو اقتفاء عين معينة بذاتها حيث وجدت للاستيلاء عليها أو لاستيفاء منفعة منها ومن الظاهر أن ذلك لا يكون إلا إذا كانت العين نفسها أو منافعها ملكا لمتتبعها أو كان له حق ارتفاق عليها فيستولي عليها في الحال الأولى لأنها ملكه أو لأن الاستيلاء عليها هو السبيل المتعين لاستيفاء حقوقه منها. ويتمكن من الارتفاق بها في الحال الثانية استيفاء لحقه فيها. وذلك نتيجة لتعلق الحق بذات العين في الحالين لا بماليتها.

وقد يكون تعلق الحقوق بالأعيان منظورا فيه إلى ماليتها لا إلى ذاتها وصورها وذلك كما في حق الامتياز وحق الرهن وحق الحبس فإنها في الواقع ما شرعت إلا لتكون وسائل لتوثيق الديون في الابتداء واستيفائها في النهاية عندما تجعل الأعيان المتعلقة بها محلا للوفاء فتباع لأجل هذا الغرض وذلك بسبب ما تقتضيه من أولوية صاحبها من غيره من الغرماء في الاستيفاء وفي هذه الحال لا يظهر حق التتبع لذات العين لأن المقصود منها على الجملة هو ماليتها فإذا استبدلت بها قيمتها المالية تعلقت هذه الحقوق بتلك القيمة وانتقلت إليها ولا تقتفي العين ذاتها حينئذ.

ففي الحقوق التي لها خاصية الامتياز وهي التي بيناها فيما سبق إذا بيعت الأعيان التي تتعلق بها تنتقل الحقوق إلى أثمانها حتى كان لأصحاب الديون أن يستوفوا ديونهم من هذه الأثمان قبل غيرهم وليس لهم أن يتتبعوا ذوات الأعيان فإذا ما أعطيت الأثمان لغيرهم كان لهم أحد الحقين إما حق الرجوع على من أعطيت إليهم لأنهم قد أخذوا ما ليس حقا لهم وإما تضمين من دفع إليهم هذه الأثمان لتعديهم عليها بدفعها إلى من ليست لهم؛ ولهذا لا يجوز للوصي على التركة أن يقضي دين المرض قبل قضاء دين الصحة. فإذا باع التركة لسداد الديون فدفع الثمن وفاء لدين المرض كان لصاحب دين الصحة أن يرجع على أصحاب دين المرض بما أخذوا ولأصحاب دين الصحة إذا لم يجدوا شيئا أن يضمنوا الوصي لاعتدائه بدفع المال في وفاء دين المرض ابتداء ما لم يكن ذلك بقضاء من القاضي قبل أن يظهر له أن هناك ديون صحة. فإن

دفع بقضاء القاضي لم يضمن وليس لأصحاب دين الصحة إلا الرجوع على صاحب دين المرض.

وفي حق الرهن والحبس لا ترفع يد المرتهن أو الحابس عن العين المرهونة أو المحبوسة إلا إذا رضي برفعها متنازلا عن حقه أو عند بيع العين لأجل الوفاء فيرفعها عند تسلمه دينه. فإذا رفعت من غير رضاه كان له حق استرداد العين لحبسها إلى أن يستوفي حقه. وليس لمالك العين مع بقاء حق الرهن أو حق الحبس أن يتصرف فيها بالبيع أو الإجارة أو الهبة أو الإقرار أو الرهن أو نحو ذلك مما يترتب عليه المساس بها إلا بإذن صاحب اليد أو إجازته فإن أذن أولا أو أجاز أخيرا نفذ التصرف وانتهى حقه في الحبس مع بقاء الدين على حاله غير أنه إذا كان التصرف نظير بدل مالي كان له حق حبس هذا البدل مكان العين حتى يستوفي حقه. وإذا لم يرض صاحب العين بهذا التصرف كان موقوفا إلى أن يوفي الحق أو يسقط بالبراءة فينفذ حينئذ ولوقفه لا يتأثر حق الحبس بأي أثر. وإذا كان التصرف بيعا كان للمشتري حق فسخه إذا لم يكن يعلم عند شرائه أن العين محبوسة فإن أقدم على شرائها عالما لم يكن له أن يفسخ وقيل يكون له كما تقدم في بيع العين المستأجرة واختلف فقهاء الحنفية في المرتهن قال بعضهم له حق فسخ البيع وقال بعضهم لا حق له فيه وهو الصحيح[1].

ومن هذا يتبين أن للمرتهن ما دام حقه في حبس العين قائما أن يتبعها أن وجدت ومثله في ذلك من له حق الحبس على ما يظهر ومرجع ذلك تعلق حقه بذات العين وإن كان يقصد الوفاء.

أما حق الاختصاص ببعض ما يملكه المدين من العقار فقد عرفت أن الشريعة الإسلامية لا تقره

حق الأولوية:

لا يتحقق هذا الحق إلا عند تزاحم عدة حقوق على الاستيفاء من مال معين ويكون لأحدهما حق التقدم على غيره في الاستيفاء فيكون لهذا الدين المتقدم حق

(١) راجع الفتاوى الهندية في باب البيع وباب الرهن.

الأولوية أو حق الامتياز. ومن ذلك يتبين أنه لا يكون إلا تابعا لدين له خاصية التقدم على غيره سواء أكانت تلك الخاصية ثابتة له أصالة أم نتيجة لإعطاء رهن به أو حبس عين فيه ولا يتصور وجوده بالنسبة لحق الملكية أو لحق الانتفاع أو لحق الارتفاق.

وهذه الملاحظة نفسها متحققة بالنسبة للاصطلاح القانوني[1]:

وقد تبينت مما سبق أن هذا الحق قد يكون مطلقا غير مقيد بدين خاص يتقدمه ولا بمال معين يستوفى منه، وذلك كما في تقدم حق التجهيز عند أحمد بن حنبل على جميع الديون. وقد يراعى فيه أن يتقدم على ديون معينة دون غيرها من الديون ولكنه لا يتقيد مع ذلك بمال معين كما في تقديم دين الصحة فإنه لا يتقدم إلا دين المرض عند الحنفية ويتقدمه في الاستيفاء من جميع أموال المدين المتوفى. وقد يكون تقدمه على غيره من الديون مطلقا ولكنه مقيد بمال معين كما في الدين أعطى به رهن عند الحنفية فإنه يتقدم في الاستيفاء من الرهن على غيره من الديون وقد يكون تقدمه مقيدا بديون معينة وبأموال معينة كما في دين أعطى به رهن وأريد استيفاؤه من تركة المدين فإنه لا يتقدم على التجهيز عند أحمد ولكن يتقدم غيره من الديون في قيمة الرهن فقط.

ومما قدمناه في بيان الوجهة الفقهية الإسلامية يظهر أن قسمة الحق إلى حق عيني وحق شخصي لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يبطلها على أن يكون الغرض منها بيان معنى الحق واتجاهه وما يكون لذلك من أثر في اختلاف بعض الأحكام التي ترجع إلى ماهية الحقين وطبيعتهما. أما أن تتخذ أساسا لأحكام أخرى يتميز بها أحد الحقين عن الآخر دون أن تكون لازمة لحقيقتهما فلا؛ لأن الشارع الإسلامي على الجملة لم يغاير بين هذين الحقين في أحكامهما إلا على الأساس المتقدم، وقد عنى ببيان أحكامهما على هذا الأساس فعنى ببيان حق الملكية في بيانه لأحكام الملك وعنى ببيان أحكام حق الانتفاع في تعريفه بأحكام ملك المنفعة وكذلك عنى ببيان أحكام حق الارتفاق عند كلامه على الحقوق المقررة على العقار لغيره كحق الشرب وحق المسيل وحق المرور وغيرها وعنى ببيان حق الرهن في باب الرهن وحق الحبس والامتياز في مواضع متفرقة عند ذكره للحقوق التي تختص بذلك، ولم يجد مع هذا البيان داعية إلى قسمة الحق هذه القسمة إذ لم تتفرع عنها أحكام كثيرة مختلفة.

(١) وقد أبدى هذه الملاحظة الأستاذ الدكتور خيال بك في كتابه الأموال.

الذمة

كثيرا ما يتكلم علماء القانون على الذمة عقب بيانهم للحقوق المالية وقسمتها إلى عينية وشخصية وذلك لما بين الذمة والحق المالي من الصلة الوثيقة. إذ يرون أن الذمة وحدة قانونية تنتظم جميع الحقوق والواجبات التي تقوم بمال، فكانت عندهم عبارة عن جملة ما يجب للإنسان وما يجب عليه من الحقوق والواجبات المالية.

ويقولون إن بيان الذمة بهذا المعنى كان نتيجة لتطور ظاهر الأثر في علاقة المدين بدائنه، فقد كان التزام الإنسان لآخر فيما سلف من الزمن سببا كافيا لأن يبسط ذلك الشخص الآخر سلطانه على جسم الملتزم مباشرة ضمانا للوفاء بما التزم به وتوثيقا له سواء أكان التزاما بعمل أم بكف عن العمل وكان له بسبب هذا السلطان أن يتخير عند الامتناع عن الوفاء من وسائل التعذيب ما يراه حاملا على التنفيذ والوفاء أو على الافتداء بالمال، فإن شاء حبسه وإن شاء ضربه حتى إذا يئس من نجاحه بتلك الوسائل كان له أن يسترقه ويبيعه في حقه بل وأن يقتله في بعض الأحوال[1].

ويظهر أن تلك العادة قد انتقل أثرها إلى العرب وبقيت فيهم إلى ظهور الإسلام فقضى عليها، وأبطلها، يدل على ذلك ما جاء في كتاب المعتصر لمختصر مشكل الآثار ص٢٧ طبعة حيدر أباد سنة ١٣١٧هـ نقلا عن الحافظ الطحاوي قال: عن زيد بن أسلم أنه قال: لقيت رجلا بالإسكندرية يقال له تسترق فقلت له ما هذا الاسم فقال سمانيه رسول الله ﷺ: ذلك أني لقيت رجلا من أهل البادية ببعيرين له يبيعهما فابتعتهما منه. وقلت له انطلق معي حتى أعطيك ثمنهما فدخلت بيتي وخرجت من خلف لي، وقضيت بثمن البعيرين حاجتي وتغيبت حتى ظننت أن الأعرابي قد خرج فخرجت والأعرابي مقيم فأخذني فقدمني إلى رسول الله ﷺ. فأخبرته الخبر. فقال رسول الله ﷺ: «ما حملك على ما صنعت؟ قلت: قضيت بثمنهما حاجتي. قال: فاقضه. قلت: ليس عندي مال. قال: أنت سرق، اذهب يا أعرابي فبعه حتى تستوفي حقك. فجعل الناس يسومونه في ويلتفت إليهم فيقول: ما تريدون؟ فيقولون: نريد ابتياعه منك فنعتقه. قال: فوالله إن منكم أحد أحوج إليه مني، اذهب فقد أعتقتك».

---

(١) الأموال للدكتور خيال بك.

قال صاحب الكتاب القاضي يوسف بن موسى الحنفي: كان هذا الحكم في أول الإسلام عمل به الرسول ﷺ إذ كان شريعة من قبله ثم نسخ بعد ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴿٢٨٠﴾ ﴾ [البقرة].

وجاء أيضا في بعض الروايات التي نقلت في حادث حجر النبي ﷺ على معاذ وبيعه ماله في دين كان عليه: إن غرماء معاذ طلبوا من النبي ﷺ أن يبيع لهم معاذا نظير ما بقي عليه من الدين. فقال ﷺ: «ليس لكم إليه من سبيل[1]».

وكما نسخ الإسلام هذا الحكم لم يدم الحكم السابق عند الرومان فإنه بعد مدة من الزمن اقتصر حق الدائن عند عدم الوفاء على حقه في تشغيل المدين والاستفادة من عمله بما يوفي حقه، ثم تضاءل هذا الحق بعد ذلك حتى أصبح لا يتجاوز مراقبة ما يدخل في ملك مدينه من مال يستولي عليه لنفسه حتى يستوفي دينه، ثم تضاءل مرة أخرى فمنع الدائن من الاستيلاء على أموال مدينه ولم يبق إلا حق طلب بيعها لوفاء دينه وذلك عن طريق القضاء. وعند ذلك أصبح دين الدائنين متعلقا بشخصية المدينين وذممهم وللدائنين حق مطالبتهم ولهم في أموالهم ضمان ديونهم وعلى المدينين أن يوفوا بها. وعلى هذا الأساس نشأت فكرة الذمة وأصبحت في آخر الأمر تدل على ما للإنسان من حقوق مالية وما عليه من واجبات مالية[2].

---

(١) ربما كان حق الدائن في ملازمة مدينه عند امتناعه عن وفاء الدين أثرا من آثار هذا السلطان الذي كان للدائن على المدين. وهذا الحق ثابت للدائن عند أبي حنيفة قال الزيلعي في شرحه على الكنز جـ٥ ص ٢٠٠ ولا يمنع الدائن من ملازمة مدينه بعد خروجه من الحبس لظهور عسرته. فله أن يلازمه ولا يمنعه من التصرف والسفر، ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على بابها إلى أن يخرج. لأن الإنسان لا بد له من موضع خلوة. وقال في الزيادات: إذا دخل داره لم يأذن له بدخولها معه منعه من دخولها حتى لا يختفي أو يهرب من جانب آخر منها. ويحتج لأبي حنيفة بقوله ﷺ: «لصاحب الحق اليد واللسان» والمراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي وقد روى أبو داود: أن رجلا من بني تميم أتى النبي ﷺ بغريم، فقال له: الزمه. ثم قال له: «يا أخا بني تميم ماذا تريد أن تفعل بأسيرك». عون المعبود جـ٣ ص٢٤٩ وخالف في هذا أحمد والشافعي فلم يجوزا ملازمته لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴿٢٨٠﴾ ﴾ [البقرة]. وردا الحديثين لمقال في سندهما راجع الشرح الكبير لأبي قدامة جـ٤ من باب الحجر.

(٢) راجع الأموال للدكتور خيال بك.

تعريف الذمة عند علماء القانون:

«ولذا عرفوها بأنها وحدة قانونية تنتظم جميع الحقوق والواجبات التي تقوم بمال» ويريدون بذلك أنها وحدة معنوية افترض الشارع أو الفقيه وجودها على صورة منتزعة من شخصية صاحبها الاقتصادية وما قد يكون لها أو عليها من حقوق أو تكاليف تقوم بالمال.

ولانتزاعها على هذا الوضع مثلت شخصية صاحبها إلى درجة ما ومثلت جميع ما قد يكون له من حقوق وما عليه من تكاليف تقوم بالمال في الزمن الحاضر والمستقبل ولم تتركب من حقوقه وتكاليفه بأعيانها وذواتها وإنما كانت صفة عامة للإنسان إذا ما نظر إليها في زمن معين من حياة صاحبها كوقت وفاته مثلا، نظرة واقعية تنفذ إلى مبعثها وما منه انتزعت انطبقت وتحققت فيما له من حقوق وما عليه من تكاليف في الواقع وكانت حينئذ ذات مدلول مادي تكون من أموال مادية مقدرة. أما إذا نظر إليها على أنها محل للحقوق وإن شئت قلت - على أنها شخصية مالية معينة متميزة عن غيرها من الشخصيات ذات حياة ونشاط مالي في حاضر الزمن ومستقبله دون التفات إلى زمن أو مكان معينين - كانت عبارة عن صفة معنوية قانونية توحي بالقدرة على التملك والتمليك وتتمثل فيها لذلك جميع الحقوق والتكاليف المالية على وجه معنوي لا مادي ولا تتغير بتغير الأفراد ولا باختلاف ثرائهم ولا بكثرة تصرفهم وقلته في أموالهم التي يمتلكونها وكان مدلولها حينئذ أمرا ذا شخصية معنوية وعلى أساس هذه النظرة وثق الناس بالشخص المعدم نظرا لنشاطه الاقتصادي المنتظر.

وقد انتهوا من هذا البيان إلى النتائج الآتية:

١ - لا توجد ذمة دون شخص تنسب إليه سواء أكان طبيعيا أم معنويا.

٢- لا يوجد إنسان من غير ذمة له ولا يستطيع الإنسان أن يتخلى عنها في حياته بأي شكل من الأشكال.

٣- لا يكون للشخص أكثر من ذمة فلا تتعدد ذممه وكذلك لا تتجزأ.

٤ - لا تكون الذمة لأكثر من شخص واحد فلا يكون لعدة أشخاص ذمة واحدة وإلا لتجزأت بتعددهم وإنما يكون لكل شخص منهم ذمة مستقلة.

٥- الذمة تعتبر ضمانا لكل دائن فلا يختص بها دائن دون آخر.

٦- لما كانت الذمة أمرا معنويًّا منتزعا كان تصرف المدين في أية عين من ماله نافذا دون أن يكون لدائنيه اعتراض على هذا التصرف إلا أن يجنح بتصرفه إلى الغش والإضرار بدائنيه فإن لهم حينئذ الحق في أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم باعتراضهم على هذا التصرف وطلب إبطاله.

٧- لا تفنى الذمة بمجرد الوفاة فكثيرا ما تبقى محتفظة بوحدتها وشخصيتها في صورة تركة حتى تصفى.

ذلك بيانهم للذمة في إجمال وقد رأيت أن أعرض له ليكون أساسا لموازنة إجمالية في هذا الموضوع بين الشرعين الإسلامي والوضعي.

الذمة في الفقه الإسلامي:

الذمة في اللغة العهد، سمي بذلك لأن نقضه يوجب الذم، ومن ذلك قوله تعالى في وصف المشركين: ﴿ كَيْفَ وَإِن يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً يُرْضُونَكُم بِأَفْوَاهِهِمْ وَتَأْبَىٰ قُلُوبُهُمْ وَأَكْثَرُهُمْ فَاسِقُونَ ﴿٨﴾ ﴾ [التوبة]. والمعنى أنهم إذا ما ظهروا عليكم لا يراعون لكم قرابة ولا عهدا لأن الإل معناه القرابة والذمة معناها العهد، ومن ذلك أيضا قوله ﷺ في حديث: «وإن أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله فلا تعطوهم» والمعنى إن طلبوا منكم أن تعطوهم عهد الله فلا تجيبوهم إلى ذلك أي لأن العهد هو عهدكم لا عهد الله ومن ذلك أيضا سمى من يقيم في ديارنا من أهل الكتاب على عهد بيننا وبينهم أهل ذمة أي أهل عهد.

ولما كان الإنسان مطلوبا بذمته وعهده مطالبا بالوفاء به كان العهد أو الذمة منشأ الوجوب والالتزام فهو منشأ الوجوب لصاحب الحق الذي هو المطالب ومنشأ الالتزام بالنسبة إلى من عليه الحق وهو المطالب وكانت الذمة بهذا المعنى محلا للطلب فحيث توجد ذمة وعهد يوجد الطلب وكانت لذلك منشأ كثير من الحقوق والواجبات المالية وغيرها على السواء وذلك هو أساس استعمالها عند فقهاء الشريعة في معناها الاصطلاحي لأنه يتصل بذلك المعنى اللغوي كمال الاتصال.

وقد اختلف الفقهاء وعلماء الأصول في بيانها، فذهب بعضهم إلى أنها صفة شرعية يفترض الشارع وجودها في الإنسان، وبناء على هذا عرفها صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود في كتابه التنقيح[1]. بأنها وصف شرعي يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه، أي من الحقوق والتكاليف المشروعة، وعرفها الشيخ منصور الحنبلي في كتابه كشاف القناع[2]. بأنها وصف شرعي يصير به المكلف أهلا للإلزام والالتزام.

ولأن منشأ الحقوق الإلزام ومنشأ التكاليف والواجبات الالتزام كانت أهلية الإنسان لهما هي أهليته للحقوق والواجبات الشرعية. ولما كان من المتفق عليه أن للصغير حقوقا تجب له قبل غيره وتجب عليه في ماله واجبات لغيره وبذلك تكون له ذمة كان المراد من المكلف في التعريف الثاني من شأنه أن يصير مكلفا وهو الإنسان حتى يشمل التعريف ذمة الصغير وذمة المجنون وما ماثلهما ولم يكن التعبير به لملك في الواقع دقيقا أو بينا، ونتيجة ذلك اتحاد هذين التعريفين في المعنى وإن اختلفت ألفاظهما[3].

(١) جـ٣ ص١٥٢.

(٢) جـ٢ ص١١٧.

(٣) عرف القرافي الذمة في كتابه الفروق جـ٣ ص٢٢٦ بمثل ما عرفها به صاحب الكشاف فقال: إنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام والإلزام ثم قال: وهذا المعنى جعله الشارع مسببا عن أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد فمن بلغ سفيها لا ذمة له ومن حجر عليه فقد ذمته كالمفلس وإذا توافرت في الشخص هذه الأشياء أو الصفات قدر الشرع وجود هذا المعنى فيه فصار قابلا لأن يلزم بأرش الجنايات وأجر الإجارات وأثمان المبيعات ونحو ذلك من التصرفات، ولأن يقبل التزامه فإذا التزم شيئا باختياره لزمه. وإذا فقدت صفة من هذه الصفات لم يقدر الشرع فيه هذا المعنى المقابل للإلزام والالتزام. وهذا المعنى المقدر هو الذي تقدر فيه الأجناس التي أسلم فيها مستقرة حتى يصح مقابلتها بالأعواض المقبوضة في الحال وفيه تقدر أثمان المبيعات المؤجلة وصدقات الأنكحة والديون في الحوالات والحقوق في الضمانات وغير ذلك. ولا جرم أن من لم يقدر فيه هذا المعنى لا يصح في حقه شيء من هذه الأمور فلا ينعقد في حقه سلم ولا ثمن إلى أجل ولا حوالة ولا حمالة ولا شيء من ذلك. هذا هو حقيقة الذمة وبسطها والعبارة الكاشفة عنها أ هـ.

وقد بنى القرافي على هذا أن كلا من الصبي والسفيه المحجور عليه للسفه لا ذمة له وقال في الوقت نفسه إن العبد له ذمة لأنه يلتزم فيلزم بها التزم بعد العتق فإذا كان هذا هو ما يريده المالكية من الذمة.. فما الحكم في الوصي أو القيم إذا أسلم لموليه وإذا اقترض له وإذا اشترى له نسيئة؟ ألا يلزم الصبي أو السفيه في أموالهما بهذه الحقوق؟ وفي ذمة من تثبت؟ أتثبت في ذمة الوصي أو القيم؟ وإذا ثبتت فيها=

وكذلك عرفها أحمد بن محمد الحموي في حاشيته على الأشباه والنظائر[1]. بأنها أمر شرعي قدر وجوده في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام. ومعنى ذلك أنها صفة مفترضة جعلت محلا للإلزام والالتزام وذلك معنى قبولها لهما.

وعرفها العز بن عبد السلام نقلا عن المرجع السابق بأنها معنى شرعي قدر وجوده في الشخص يصلح للإلزام والالتزام ومعنى صلاحية هذا المعنى المقدر وجوده في الإنسان لذلك قبوله لهما وصيرورته محلا لهما ومن ذلك يظهر أن التعريفين متحدان معنى وإن اختلفا لفظا.

وبمقارنة هذين التعريفين بالتعريفين الأولين يتضح معنى الذمة عند هذا الفريق وأنها وصف شرعي افترض الشارع وجوده في الإنسان وجعله محلا للوجوب له وعليه، وبافتراض ثبوت هذا الوصف له صار الإنسان أهلا للإلزام والالتزام، وإن شئت قلت صار صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات أو لما له وما عليه وهذه الصلاحية التي ترتبت على ثبوت الذمة وافتراض وجودها هي التي يسميها فقهاء الإسلام وعلماء الأصول بأهلية الوجوب ويعرفونها بأنها صلاحية الإنسان للحقوق و الواجبات المشروعة.

قال ملا خسرو في شرحه على المرقاة[2]. ما ملخصه أن افتراض الشارع ثبوت الذمة للإنسان قد بني على ما له من خصوصية روعي فيها ما اختص به من قوى ومشاعر وصفات ليست لغيره من الحيوان والجماد، وذلك ما كان سببا في ثبوت

=وجب إلزامها بهذه الحقوق في أموالها وفي ذلك من الضرر بها ما لا يخفى. المعروف في مذهب مالك أن تصرف الوصي أو القيم في مثل هذه الأمور نافذ على المولى عليه ونفاذه على المولى عليه يستلزم ثبوت الذمة له وفي ثبوتها له تستقيم الأحكام وفي نفيها عنه لا تستقيم فهل أخطأ القرافي في الشرح وأصبنا أم أخطأنا نحن وأصاب هو وأن ذلك هو اصطلاحهم. وإن قيل فيه ما قيل؟ غير أني رأيت في الشرح الكبير للدردير أن المفلس بعد الحكم عليه بالتفليس له ذمة حيث قال يمنع المفلس من تصرف مالي كبيع وشراء وكراء ولا يمنع إن التزم شيئا في ذمته لغير الدائن. جـ٣ ص ٢٦٦، ٢٦٨ وذلك ما يؤيد شرحنا ويخالف شرح القرافي إلا أن يكون في المذهب رأيان.

(١) فن ٣ ص ٢١٠.

(٢) ملا خسرو في شرحه على المرقاة جـ٣ ص٤٣.

أهلية الوجوب له وعليه حتى كلفه الله بما كلفه به من التكاليف واختصه بها دون غيره وعلى ذلك تكون الذمة صفة روعي في ثبوتها عدة صفات كان وجودها في الإنسان سببا في صلاحيته للإلزام والالتزام - وإن شئت قلت صلاحيته لأن تكون له حقوق قبل غيره يستحقها عليه فيطالبه بها ولأن تكون عليه واجبات لغيره يجب عليه أداؤها. ومآل هذا البيان أن الذمة صفة منتزعة من حال الإنسان وطبيعته وبها صار أهلا لأن يجب له وعليه.

ويختلف هذا عن نظر القانونيين بأنه نظر لم يقتصر على الناحية الاقتصادية ولم يجنح إلى ما في الإنسان من قوة التملك والكسب وما ينتظر له من نشاط مالي فحسب. بل كان الأساس فيه النظر إلى فطرة الإنسان وطبيعته دون الاقتصار على ناحية معينة كالناحية المالية؛ ولذا كانت الذمة عندهم محلا للحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكن مالية فتشغلها الواجبات الدينية كالصلاة والصيام والحج وغيرها وتشغلها الواجبات المالية مدنية كانت أو دينية كالديون والزكاة والعشر والخراج وصدقة الفطر كما سيأتي وإن شئت قلت: إن كل واجب يشغل ذمة الإنسان لأن الوجوب بمعنى الطلب والطلب لا يكون إلا عند شغل الذمة بالمطلوب.

وبيان فقهاء الإسلام للذمة بهذا العموم يتفق مع مجال بحث الفقه الإسلامي وموضوعه فإنه لا يقتصر في بحثه على ما يخص بالأموال من المسائل والأحكام بل يتناول كما قدمنا تنظيم علاقة الإنسان بربه وعلاقته بأسرته ولذلك يتناول في بحثه هذين الموضوعين حقوقا وواجبات ليست مالية مما يتعلق بدينه وبأسرته وحاله الشخصية ولذا كان معنى الذمة في الفقه الإسلامي أوسع منه عند علماء القانون.

ذلك هو بيان الذمة عند بعض الفقهاء. ويرى آخرون أن الذمة لا يراد بها إلا نفس الشخص فيقول فخر الإسلام البزدوي ومن ذهب مذهبه: إن الذمة نفس لها عهد. والمراد بالعهد ما أخذه الله على بني آدم قبل خلقهم. وهو ما أشار إليه في قوله في الذكر الحكيم: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِيٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ۖ قَالُواْ بَلَىٰ ۛ شَهِدْنَآ ۛ أَن تَقُولُواْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَٰذَا غَٰفِلِينَ ﴿١٧٢﴾﴾ [الأعراف]. وإن تسمية النفس بذلك من باب إطلاق اسم الحال

وهو العهد على المحل وهو نفس الإنسان؛ لأن نفس الإنسان محل لعهده وذمته، وكان ذلك في ابتداء الأمر مجازا ثم صار حقيقة عرفية. وعلى ذلك فذمة الإنسان نفسه وهي محل لجميع ما لها وما عليها من حقوق وتكاليف مشروعة سواء أكانت مالية أم غير مالية. وقد أراد فخر الإسلام ومن تبعه أن يتجنب ذلك الافتراض. ويجعل الذمة أمرا ذا وجود حقيقي حتى لا تبنى الأحكام الشرعية على افتراض لا وجود له. والواقع، أن ذلك ليس من بناء الأحكام على الافتراض ولكنه من قبيل ضبطها ووضع النظم لها حتى يسهل فهمها وتطبيقها. على أن هذا البيان والشرح فيما أرى لم يبتعد بالذمة عن أن يدخل في معناها الاعتبار والفرض فإن جعل نفس الإنسان محلا لحقوقه والتزاماته اعتبار شرعي قرنت به أحكام شرعية وقد رأيت أن الذمة عند هؤلاء أيضا لا تختص بالأمور المالية بل تعمها وغيرها كما ذهب إليه الفريق الأول.

وقد اعترض على بيان الذمة وتعريفها بما سبق بأنه لا يتفق مع قول الفقهاء في مواضع كثيرة: وجب في ذمته كذا أو ثبت في ذمته كذا إذ لا معنى لأن تكون الصفة المفترض وجودها في الإنسان ظرفا لما له وما عليه أو لأن تكون نفسه محلا لذلك.

ويرد هذا الاعتراض أن المراد بقولهم: وجب في ذمة فلان وجب عليه نفسه، ولكن لما كان الوجوب عليه مبنيا على قيام تلك الصفة به ومتعلقا بها ومنظورا إليها في ثبوته جعلوها بمنزلة ظرف يستقر فيه الوجوب دلالة على كمال التعلق، وهذا بالنسبة إلى معناها عند الفريق الأول. أما بالنسبة إلى تعريفها بأنها نفس الإنسان فقد جعلت النفس محلا للحقوق والواجبات نظرا إلى عهدها، وذلك لكمال الارتباط والتعلق بينها وبين عهدها.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن الذمة في لسان الفقهاء لا يراد بها غير معناها اللغوي وهو العهد، وأن لا ضرورة مطلقا تدعونا إلى أن نفترض وجود معنى خاص في الإنسان يسمى بالذمة، وأن تقديرها من الترهات، ويكفي في ثبوت الحقوق للإنسان أن الشارع قد أثبتها له وجعل له حق المطالبة بها حتى يستوفيها، ويكفي في ثبوت الواجبات عليه أن الشارع كلفه بها وأمره بأدائها، وليس وراء هذا محل يقبل

الحقوق والواجبات. وليس معنى قول الفقهاء ثبت في ذمته كذا إلا أنه قد ثبت بعهده أو فيما تعهد به والتزمه فأصبح في ضمنه ومعدودا منه.

قال الشيخ عبد العزيز البخاري في كتابه كشف الأسرار على أصول البزدوي «جـ٣ ص ١٣٥٨» في رده على ذلك: أن هذا القول مخالف للإجماع.

وفي رأيي أن قول هؤلاء إن ساغ قبوله بالنسبة إلى شخص هو أهل التكليف والمطالبة منه لم يسغ قبوله بالنسبة إلى صغير أو مجنون ليس أهلا لأن يكلف ولا لأن يطالب وخاصة إذا لم يكن له ولي ولا وصي يكلف بالأداء من ماله بدلا عنه. إذ كيف يتصور حينئذ قيام الواجب ولا محل يقوم به؟ قد يتصور أن يكون قائما بقيام مال الصغير أو المجنون عندئذ. ولكن إذا لم يكن لهما مال فهل يسقط الواجب؟ لم يقل بذلك أحد. على أن قيام الواجب بقيام المال ليس له معنى إلا تعلق الواجب به ولو كان متعلقا به لمنع التصرف فيه مراعاة لذلك الواجب، مع أن التصرف فيه غير ممنوع وينفذ دون توقف على رضا من له الحق. ومن هذا يتبين أن وجود الذمة أو افتراض وجودها أمر يقتضيه منطق الأحكام ويتطلبه وضعها وتفصيلها ولا مندوحة للفقه عنه ويدل على ذلك اتفاق الشرعين الإسلامي والوضعي على افتراض وجودها.

وتفسير الذمة بما ذهب إليه فخر الإسلام يبتعد كثيرا عن تفسيرها في الشرع الوضعي إذ الفرق واضح بين نفس الإنسان التي هي الذمة عنده وبين ما تطلق عليه عند علماء القانون من أنها أمر تقديري متعلق به وقد رأيت فيما سبق أن نظرة علماء القانون إليها نظرة مالية تحقق فيها معنى الضمان وتبين مكانته فيها من ناحية أنها تجمع بين الحقوق والواجبات المالية وفي جمعها دلالة على مقدرتها في الضمان وذلك ما يجعل النظر إليها مفيدا في المعاملات ولكن هذا المعنى بعيد عن التفسير الشرعي كما هو واضح.

ومن بيان فقهاء الإسلام للذمة يمكنك أن تنتهي إلى ما انتهوا إليه من النتائج المتعلقة بها إذ قد انتهوا فيه إلى ما يأتي:

أولا: أن الذمة لا تثبت ولا توجد إلا للإنسان، ولا يوجد إنسان بدون ذمة خاصة لا يشاركه فيها آخر، ولا تكون لإنسان أكثر من ذمة واحدة كما لا يكون للذمة الواحدة أكثر من صاحب واحد.

أما أنها لا تثبت إلا للإنسان فذلك ظاهر من تعريفهم إياها بما سبق، فقد عرفوها بأنها صفة للإنسان افترض الشارع وجودها فيه لخصوصية فيه، أو بأنها نفس الإنسان.

وتثبت له هذه الصفة بابتداء حياته لأنه قبل الحياة ليس بإنسان ولا يتمتع بتلك الخصوصية التي أشرنا إليها وإنما تثبت له منذ ذلك الوقت بشرط أن يتحقق من حياته وذلك بولادته حيا ويعنون بذلك أن يظهر أكثره وهو حي أما إذا انفصل أكثره وهو ميت فإن حياته لا تعتبر ولا تثبت له ذمة.

وذمته قبل ولادته ذمة قاصرة غير كاملة ومظهر قصورها في أنها لا تقبل إلا بعض الحقوق وهي حقه في الميراث وحقه في الوصية وحقه في الوقف وحقه في النسب. ذلك لأنها حقوق لا تحتاج في ثبوتها إلى عمل أو إلى قول يصدران منه. ولقبولها هذه الحقوق يوقف حقه في الميراث والوصية والوقف فإذا ظهر أكثره حيا تبينا أن له ذمة منذ ابتداء حياته فكان مالكا لما حجز له. وإذا ظهر أكثره ميتا تبينا أن لم يكن له ذمة و عند ذلك يكون المال المحجوز ملكا لمستحقه على اعتبار أن لم يكن حمل. أما ما عدا ذلك من الحقوق والواجبات فلا تقبلها ذمته قبل الولادة لتوقفها في ثبوتها على فعله أو على قوله ولا فعل له ولا عبارة وقت حمله ولا ولاية كذلك لأحد عليه حتى يلزم في ماله بما يلتزم به وليه عنه[1]. ذلك لأنه لا يدري أيولد حيا فتكون له ذمة أم لا فلا تكون له ذمة ولذا قال الفقهاء لو اشترى إنسان لحمله شيئا لم يجب في ماله ثمنه ولم يتملكه إذ هو غير أهل للوجوب عليه[2] ولا ولاية لأبيه. وقالوا إذا وهب للحمل

(١) ليس للحمل ولي ولا يقام عليه وصي نظرا إلى أنه كالجزء من أمه (الحموي فن ٣ ص ٢٠٢) ولكن إذا حجز له مال أقام القاضي عليه أمينا يحفظه. وهذا خلاف ما تقضي به المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية من إقامة وصي على الجنين تبعا لرأي بعض الفقهاء.

(٢) روى الكحال عن أحمد أن نفقة الحامل تجب في نصيب حملها من التركة وكان ذلك منشأ قول=

شيء لم تصح الهبة إذ لا بد من قبولها وليس يوجد من يقبل ومن يقبض عنه(١).

وإذا ولد حيًّا ثبت له عند ذلك ذمة كاملة مطلقة صالحة للوجوب له والوجوب عليه، وعند ذلك يكون له ولي أو وصي يقوم مقامه في ذلك ويلتزم عنه ويطالب بما يجب له ويطالب بما يجب عليه على حسب ما حدد لذلك من حدود شرعية.

غير أنه لما كان الغرض من الوجوب في بعض الأحوال لا يتصور إلا بالنسبة إلى البالغ العاقل لم تكن ذمة الإنسان قبل بلوغه صالحة لقبول بعض الواجبات. فلا تقبل ما يجب لغيره على أنه جزاء تقصير أو عقوبة على جريمة ولذا لا يجب في ذمته شيء من الدية عند وجوبها على العاقلة لأنها على ما فيها من معنى الصلة تجب جزاء لما كان أو لما افترض من تقصير في الأخذ على يد القاتل ومنعه من جريمته ومثل ذلك لا يطلب من الصبي كما أنه لا يطلب من النساء. ولذا لا تجب الدية إلا على البالغين من الذكور. ولا يستحق عليه قصاص ولا حد ولا حرمان من ميراث بأي سبب يستوجب ذلك شرعا لأن وجوب ذلك من قبيل العقوبة وهو ليس أهلا للعقوبة. ولا يجب عليه شيء من العبادات سواء أكانت متعلقة بالمال كالزكاة أم بالبدن كالصلاة أم بهما معا كالحج لأن الغرض من وجوبها في الذمة أداؤها اختيارا لله تعالى على سبيل تعظيمه لأجل الابتلاء وذلك لا يتأتى من الصبي.

وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى وجوب الزكاة على الصبي لما فيها من معنى المؤونة وحق المال وهي ناحية فيها تغلب ناحية العبادة لارتباطها بالغرض من شرعها خلافا لأبي حنيفة رحمه الله.

واختلفوا في صدقة الفطر رجح محمد وزفر معنى العبادة فيها فلم تقبلها ذمة الصبي عندهما ولم تجب عليه، ورجح الأئمة وأبو يوسف معنى المؤونة فيها فوجبت عليه وقبلتها ذمته.

=بعض الصحابة بوجوب نفقة الأقارب على الحمل بشرط ولادته حيا راجع القواعد لابن رجب ص١٨١.

(١) راجع تبيين الحقائق شرح الكنز للزيلعي جـ٦ ص ١٨٦.

أما ما عدا ذلك مما يجب ضمانا كضمان مال أتلفه الصغير بفعله وإن كان غير مقصود كانقلابه عليه، أو يجب عوضا كالثمن في البيع والأجرة في الإجارة إذا باشرهما عنه وليه، أو يجب صلة ولكن يغلب فيها معنى المؤونة كنفقة الأقارب لوجوبها على الغني كفاية للفقير من أقاربه الأقربين فكانت بمنزلة النفقة على نفسه ويجب صلة يغلب فيها معنى المعاوضة كنفقة الزوجة فإنها تجب لها جزاء احتباسها الواجب عليها عند زوجها، أو يجب حقا لله تعالى كالعشر والخراج فكل ذلك تقبله ذمة الصغير فيجب عليه[1].

متى تنتهي الذمة:

وتبقى ذمة الإنسان ما بقي حيا وتتلاشى وتنتهي بعد وفاته لزوال حياته غير أن في فنائها إثر الموت مباشرة ثلاثة آراء:

الرأي الأول: أنها تبطل بالموت وتتلاشى، فلا بقاء لها بعد ذلك، لأنها لا تكون إلا لشخص حي، ولا بقاء للحياة بعد الموت. ولأن الإنسان بمجرد موته يصير إلى حالة لا يصلح معها لأن يطالب ويطالب فلا تبقى له ذمة[2].

ومصير ما كان على الإنسان من تكاليف مالية بعد وفاته على هذا الرأي السقوط إن توفى دون أن يترك مالا والتعلق بماله إن ترك مالا فتعتبر باقية لتعلقها بالمال وهذا القدر يكفي في بقائها ووجوب وفائها، وإلى هذا أشار أبو الفرج عبد الرحمن المتوفى سنة ٧٩٥ في كتابه القواعد ص ١٩٣. وإلى هذا الرأي ذهب بعض الحنابلة.

الرأي الثاني: أن ذمة الميت تعتبر باقية وصحيحة بعد موته حتى توفى تكاليفه وتصفى تركته، فإذا تم ذلك فنيت وتلاشت وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية قال

(١) العشر واجب فيما يخرج من الأرض العشرية وهي التي أسلم أهلها اختيارا ولم يغلب عليها المسلمون، أو التي لا يقبل من أهلها إلا الإسلام وإلا قتلوا، وهم وثنيو العرب ويلحق بها أرض الفلوات والصحاري والجبال فيجب فيما يخرج من كل هذا العشر إن سقى بلا آلة، وإن سقى بآلة فالواجب نصف العشر. والأرض الخراجية كل أرض ظهر عليها المسلمون فأبقوها في يد أهلها أو صالح أهلها المسلمين على قبول الجزية.

(٢) «راجع المغني لابن قدامة جـ٤ ص٤٨٥».

الشهاب أبو العباس أحمد الرملي في حاشيته على أسنى المطالب شرح روض الطالب[1] قال الأصحاب ذمة الميت صحيحة، وقد صح «أي في الحديث» أن ذمته مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه، وأما قولهم إن ذمة الميت قد خربت بموته فمعناه أنها خرجت عن صلاحية المطالبة في الدنيا لا أنها ليست صالحة لأن تشغل بالديون. ألا ترى أنها تشغل بعد الموت بدين جديد كما إذا رد - بعد الموت - مبيع بسبب عيب ظهر فيه وقد باعه المتوفى حال حياته فإنها حينئذ تشغل بثمنه. وكما إذا حفر المتوفى حال حياته حفيرة في الطريق العام فتردى فيها حيوان بعد موته فإن ذمته تشغل بقيمته وتؤخذ من تركته أ هـ.

وإلى هذا الرأي أيضا ذهب بعض الحنابلة[2]، ومقتضاه أن الذمة لا تفنى نهائيًّا بمجرد الموت بل تبقى ما دعت الحاجة إلى بقائها، وغاية الأمر كما قلنا أنها لا تصلح للمطالبة وإنما الذي يطالب حينئذ القائم على التركة. ومحل هذا الطلب هو التركة، فيطلب منه الأداء منها، وإلى مثل هذا الرأي ذهب المالكية أيضا، فقد نقل عنهم ابن قدامة في المغني[3]. إذا أوصى شخص لميت وهو يعلم بموته كانت وصيته جائزة وكان الموصى به من تركته، تقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه وما بقي يكون لورثته.

الرأي الثالث: إن الموت إذا طرأ على الإنسان لا يبطل ذمته ولكن يضعفها وعلى هذا الرأي تكون بعد الوفاة موجودة ولكنها ضعيفة أو خربة كما يعبرون أحيانا ولضعفها لا تستبقي معها أهلية الوجوب في الجملة وهي صلاحيته للإلزام والالتزام، ولكن يقويها بعد الموت أن يترك المتوفى أموالا أو كفيلا كما سيأتي بيانه وهذا الرأي في جملته قريب من الرأي الثاني وإن اختلف معه فيما يكون لبقاء الذمة بعد الوفاة من اعتبار، ذلك أنها على الرأي الثاني تكون باقية وصحيحة ومشغولة بما عليها من دين وإن لم يكن للمتوفى مال، ولذا جازت الكفالة بما عليها من الديون بعد الوفاة. وعلى الرأي الثالث لا يعتبر لها بقاء يكفل لما عليها من الديون البقاء بعد الموت إذا لم يترك الميت مالا أو كفيلا بها، ولذا لا تصح كفالة دين المتوفى بعد وفاته إذا لم يترك مالا كما سيأتي بيان ذلك.

---

(١) جـ٢ ص ١٣٥.

(٢) المغني جـ٦ ص ٤٤٢ والقواعد لابن رجب في تعلق الحقوق بالتركة.

(٣) جـ٦ ص ٤٣٦.

وإلى هذا الرأي الأخير ذهب الحنفية وقد دعاهم إلى هذا التصوير والاعتبار رغبتهم في المحافظة على عموم القواعد ورد جميع الجزئيات إلى أصول عامة واحدة تنتظمها. فقد رأوا أن بعض الأحكام التي تعتمد وجود الذمة وتبني عليها تثبت للإنسان بعد وفاته وأن بعضها الآخر لا يثبت له. ألا ترى أن الإنسان في بعض الأحوال قد يطالب بعد موته بما لم يكن مطالبا به حال حياته وأنه قد يدخل في ملكه بعد وفاته ما لم يكن يملكه حال حياته؟ ذلك ما دعاهم إلى اعتبار أن الذمة في هذه الأحوال باقية لم يبطلها الموت ولكنها مع بقائها ذمة ضعيفة أو خربة لا تقبل من الحقوق والتكاليف جميع ما كانت تقبله حال الحياة. فقد أضعفها الموت لما بينها وبينه من المنافاة. وبذلك أمكنهم أن يعللوا ثبوت الملك بعد الوفاة لمن نشر شبكة صيد حيال حياته فتعلق بها صيد بعد وفاته فإن هذا الصيد في هذه الحال وأمثالها يكون ملكا للمتوفى «ناشر الشبكة» وجزءا من تركته يأخذ حكمها ويقسم قسمتها، وأن يعللوا عدم ثبوته للمتوفى إذا ما اشترى له الوصي على التركة شيئا. فلا يجب في التركة ثمنه ولا يعتبر جزءا منها. وكذلك أمكنهم أن يعللوا لحوق الدين بالمتوفى بعد وفاته إذا ما حفر حال حياته في الطريق العام حفيرة فتردى فيها حيوان بعد وفاته - وهو مملوك لغيره - فهلك فإنه يضمن قيمته في مثل هذه الحال كما قدمنا وتؤخذ من تركته. وأن يعللوا صحة الوصية بمنافع الأعيان. لقد رأوا أن المتوفى قد يتملك ويضمن بعد وفاته وقد يتصرف في منافع ما لا يملكه بعد الوفاة وكل ذلك لا يستقيم إلا باعتبار أن ذمته باقية، وكذلك وجدوا أن هذا الاعتبار أيضا لا يستقيم إلا إذا جعلت الذمة معه على حال من الضعف لا تصلح معه لقبول كل حق أو لأن تشغل بكل واجب فصوروها هذا التصوير ليستقيم لهم منطق الأحكام.

وما قيل في رد ذلك من أن الملك والضمان في هاتين الصورتين السابقتين «صورة الصيد وهلاك الدية بترديها» يستندان إلى حال الحياة وهو وقت مباشرة سببهما «من نشر الشبكة وحفر الحفيرة» لا يفيد؛ ذلك لأنه لا ينفي أن ثبوت كل منهما ابتداء إنما كان بعد الوفاة وذلك كاف في اقتضاء بقاء الذمة. وسنرى فيما يأتي أن كثيرا من الأحكام عند الحنفية قد بني على هذا التصوير. وهو تصوير دعت إليه الضرورة.

والضرورة تقدر بقدرها، فإذا لم تكن ضرورة تبقى ببقاء الذمة بعد الوفاة وجب أن تعتبر معدومة وباطلة بطلانا تاما، وذلك إذا سويت جميع أمور المتوفى ووري التراب ووفيت جميع ديونه ونفذت وصاياه وقسم الباقي من تركته بين ورثته.

ومما تقدم يتبين أن اتجاه علماء القانون إلى أن الذمة تبقى بعد الوفاة يماثل ما ذهب إليه علماء الفقه الإسلامي من بقاء الذمة أيضا بعد الوفاة إلى أن تسوى جميع الحقوق والواجبات وتقسم التركة بين الورثة وأن لا فارق بين النظرين إلا عند تطبيق الفكرة على وجه تفصيلي.

الشخص المعنوي:

عرفنا أن الذمة تثبت للإنسان مراعاة لما اختصه الله به من خصوصية ترجع إلى ما أودعه فيه من قوى ومشاعر، وبناء على ذلك ذهب جميع الفقهاء، فيما رأيت إلى أنها لا تثبت لغيره من البهائم والدواب لانعدام تلك الخصوصية فيها، فلا تثبت لها حقوق ولا تكلف بواجبات، وبنوا على ذلك أنها غير أهل لأن تملك، وإذن لا تصح الهبة لأنها تمليك وهي ليست أهلا للتملك. كما لا يصح أن يوصى لها ولا أن يوقف عليها إذا كان المراد بذلك تمليكها هي لا تمليك مالكها، كأن يقول شخص أوصى لدابة فلان بمبلغ كذا وبعلف مقداره كذا. ولذا قال الحنفية إن الوصية بالإنفاق على الدابة جائزة كأن يوصى لدابة بعلف فيقول في وصيته لتعلف منه أو ما في معناه لأنها في الواقع وصية لمالكها لا لها، إذ علفها واجب على مالكها، ولذا قالوا إن من أوصى بشيء لدابة لينفق منه عليها كان ذلك وصية لمالكها تتم بقبوله وترتد برده وتبطل بوفاته قبل وفاة الموصى وله أن ينفقه في شئونه غير متقيد بأن ينفق منه على هذه الدابة[1].

وإلى هذا ذهب الشافعية غير أنهم قد اشترطوا أن ينفق مالك الدابة ما أوصى به في النفقة عليها وليس له أن ينفقه في شئون أخرى من شئونه (وقال الرملي في نهاية المحتاج: وإن أوصى لدابة وقصد تمليكها أو أطلق فالوصية باطلة لأن الدابة لا

(١) «راجع الدر المختار وحاشيته رد المحتار جـ٥ ص ٤٦٩ طبعة الحلبي.

تملك. وإن قال في وصيته: يصرف لعلفها صحت، لأن مؤونتها على مالكها فكان هو المقصود بالوصية ويتعين عليه صرف ما أوصى به في مؤونتها أ هـ).

وقال أحمد بن حنبل لا تصح الوصية لميت ولا لبهيمة إذا قصد بها التمليك لأنهما ليسا أهل للتملك[1]. وقال الرملي في نهاية المحتاج[2]. ولا يصح الوقف على بهيمة لاستحالة تمليكها، وقيل يصح ويكون وقفا على مالكها وهذا ظاهر لما قيل من أن الوقف كالوصية يستقي أحكامه منها. فيكون حكم الوقف على الدابة كحكم الوصية لها.

أما غير الدواب مما لا حياة له كالمسجد والمدرسة والمستشفى والوقف وبيت المال وما إلى ذلك من المنشآت والجهات الخيرية فالمعروف أن الحنفية يذهبون إلى أن ذلك كله لا ذمة له فلا يكون أهلا لأن يملك ولا لأن يكون له حقوق وعليه واجبات لأنه لا يتمتع بتلك الخصوصية التي من أجلها كان للإنسان ذمة. وذلك ما يظهر مما صرحوا به في الوقف فقالوا: إن الوقف لا ذمة له. وذلك يشمل المسجد والمدرسة والمستشفى إذا كان كل منهما موقوفا. ومثل الوقف بيت المال وما في حكمه. ولا يخفى أن المراد بالذمة هنا ذمة مالية إذ لا وجه لأن تكون هذه الجهات محلا لحقوق أو واجبات دينية أو خلقية لأن مرجع ذلك التمييز والتكليف وذلك غير متصور فيها.

وقد بنى الحنفية على هذه الفكرة عدم صحة الهبة لهذه المنشآت كالمسجد والمستشفى لأن الهبة تمليك وهي لا تملك كما بنوا عليها أنها لا تصلح أن تكون مشترية ولا بائعة.

أما الوصية لها فإن كانت وصية بالإنفاق عليها فهي وصية صحيحة لأنها وصية بإنفاق مال في وجوه البر ولا تقتضي تمليكا للمسجد وما ماثله. وإنما هي وصية بالإنفاق يقوم به من كان وليا عليه ويترتب عليه التمليك لمن أعطى إليه المال بسبب من أسباب الملك. ولا يعطي المال في هذه الحالة إلا لمن هو أهل لأن يتملك كالفقهاء والإجراء والبائعين وما إلى ذلك.

(١) راجع المغني من كتاب الوصية
(٢) جـ٥ ص ٣٦١.

وإن كانت وصية للمسجد وما ماثله كأن يقول شخص أوصي لمسجد كذا بألف جنيه مثلا فقد اختلف الرأي فيها. ذهب الشيخان إلى أنها غير صحيحة كالهبة لأنها تمليك للمسجد بحسب الظاهر من عبارته. والمسجد لا يملك، وذهب محمد إلى أنها صحيحة مراعاة لغرض الموصي وتصحيحا لعبارته بما يتفق مع غرضه، إذ لا يريد الموصي بذلك إلا أن ينفق المبلغ في مصالحه، فكأنه أوصى بها لمصالحه، وبقول محمد أفتى بعض العلماء. قال ابن عابدين وينبغي أن يفتى بصحة الوصية للأزهر على أن تكون لطلبته كما يقضي بذلك العرف[1].

وبناء على ما تقدم قال بعض المشتغلين بالفقه في هذه الأيام إن الحنفية لا يقولون بوجود الشخص المعنوي أو بالشخصية المعنوية كشخصية المنشآت والحكومات والمصالح والشركات وما إلى ذلك.

ولكننا مع ذلك نرى في مؤلفاتهم الفقهية والأصولية أنهم كثيرا ما يقررون لمثل هذه الجهات أحكاما تقتضي أن لها حقوقا قبل غيرها يقوم بطلبها من يقوم عليها من ولي أو ناظر وأن عليها واجبات مالية يطلبها أربابها ممن له الولاية عليها شأنها في ذلك شأن الصبي غير المميز ومن في حكمه. من ذلك أنهم جعلوا لناظر الوقف أن يستغل أرضه وأشجاره فيبيع غلة الأرض عند حصادها وثمر الأشجار بعد جنيه كما جعلوا له أن يشتري للوقف من البذر ما يكفي أرضه ومن السماد ما يصلحها ومن الآلات والدواب ما تتطلبه حاجتها. وإذا اشترى ذلك لم يكن ملكا له ولا ملكا للمستحقين ولا سائبة لا مالك له لأن ذلك يتنافى مع عقد الشراء. وإذا لا بد أن يكون ملكا لجهة الوقف فأصبحت جهة الوقف بذلك بائعة في الصورة الأولى ومشترية في الصورة الثانية وكان لها من الحقوق ما يكون لكل بائع أو لكل مشتر وكان عليها من الواجبات ما يكلف به كل بائع أو مشتر.

وكذلك أجازوا لناظر الوقف أن يستدين بأمر القاضي لجهة الوقف عند الحاجة المسوغة لذلك شرعا وأن يدفع على سبيل القرض في عمارته بدل عين بيعت من أعيانه

(١) راجع رد المحتار جـ٥ ص ٤٧٠ طبعة الحلبي.

إذا أذن القاضي بذلك، وفي الحالين يستوفي الدين من غلة الوقف، وذلك لا يكون إلا بناء على أن جهة الوقف قد صارت بذلك مدينة مطالبة بالأداء.

وقد تؤجر أعيان الوقف فيتأخر المستأجر في أداء الأجرة وعندئذ يكون مدينا بالأجرة لجهة الوقف لا للناظر عليه ولا للمستحقين فيه. أما أنه غير مدين للناظر فلأنه إذا عزل لم يكن له بعد عزله حق مطالبة المستأجر بها في ذمته. وإنما ينتقل هذا الحق إلى من يحل محله. وإذا توفى لم يكن له حق المطالبة لورثته وإنما يكون كذلك لمن يقام بدله. وأما أنه غير مدين للمستحقين فلأنهم لا يملكون مطالبة المستأجر بها ولو كانت دينا لهم لملكوا حق مطالبته بها.

وكذلك قد يحتاج الوقف إلى عمارة فيحجز من غلاته لأجلها فتكون هذه الغلات ملكا لجهة الوقف لا ملكا للناظر ولا للمستحقين.

وإذا اشترى الناظر على الوقف شيئا بالنسيئة كان المدين جهة الوقف فيدفع الثمن من غلته، وإذا عزل صح أن يطالب به من حل محله، وإذا جاز أن يطالب به الناظر المعزول بعد عزله فذلك لأنه كالوكيل فترجع حقوق عقده إليه فيدفع الثمن على أن يكون دينا له على جهة الوقف، يطالب من حل محله بأدائه إليه، جاء في تنقيح الحامدية إذا اشترى القيم على المسجد وأعيانه الموقوفة عليه حصيرا له بالنسيئة ثم عزل وأقيم مقامه آخر في النظر على ذلك كان لبائع الحصير مطالبة الناظر الجديد بثمنه.

ومثل هذه الأحكام تجدها كثيرا لبيت المال والناظر عليه، فيستحق بيت المال جميع التركات التي يتوفى عنها أصحابها ولا وارث لهم ولا مستحق لها بالوصية، وبذلك يعتبر بيت المال مالكا لها: ويجب فيه النفقة للفقراء الذين لا يوجد من أهلهم من تجب عليه نفقتهم. وغير ذلك مما يطالب به بيت المال من التكاليف كثير. وكذلك للناظر عليه أن يبيع من أمواله ما تقضي المصلحة ببيعه. وأن يشتري له ما يحتاج إليه من أقفال وخزائن وأن يقيم عليه الحراس فتكون أجرتهم واجبة في أمواله. وكذلك إذا استأجر الإمام عمالا لكرى الأنهار العظيمة كانت أجرتهم في بيت المال. كما يجب

فيه كذلك أرزاق الولاة والحكام وأعوانهم والقضاة والمفتين والمعلمين، وكل ذلك حقوق تجب في بيت المال. وقد أجازوا للإمام أن يستدين على بيت المال عند الحاجة إذا ما خلا من مال. وهكذا نجد فيما ذكروه من أحكام بيت المال ما يقتضي أن له حقوقا وأن عليه تكاليف، وليس للذمة معنى إلا هذا(١).

أليس كل هذا كافيا لأن نطمئن إلى أن الحنفية يقولون بالشخصية المعنوية وإن لم ينطقوا بهذه الألفاظ لأنها نتيجة اصطلاح حديث؟ ذلك ما يجب أن يفهم وإلا فكيف يدار مستشفى وقفه منشئه ووقف عليه أعيانا لإدارته؟ أليس يحتاج إلى أطباء وصيادلة وممرضين وخدم وكل هؤلاء يستحقون أجرهم قبل وقف المستشفى؟ ثم أليس يحتاج كذلك إلى أن يشتري له كثير من الأثاث وأنواع من الأدوات وأصناف من العقاقير الطبية فيكون لبائعها أن يطالب جهة المستشفى بثمنها؟ وإذا عولج في المستشفى الموسرون من المرضى بأجرة ألا تستحق جهة المستشفى في ذممهم هذه الأجرة فيطالبهم القائم على المستشفى بها ويؤدونها إليه فتكون من أموال المستشفى وملكا له لا للقائم عليه؟. أليس كل ذلك يقضي بثبوت الذمة لجهات لا حياة لها؟

لقد أصبحت المسألة واضحة لا تحتاج بعد ذلك إلى بيان وكلها أحكام لا يختص بها مذهب دون آخر، ولذلك نستطيع أن نقول إن فقهاء الشريعة يقولون بالشخصية المعنوية لا فرق بين الحنفية وغيرهم. ومذهب الشافعية في ذلك أظهر وضوحا وأدل نقولا ففي نهاية المحتاج للرملي ما يدل على أن المسجد أهل لأن يملك إذ جاء فيه: «أنه يملك العبد إذا أعطى له(٢). وجاء فيه: «أن الوصية للمسجد صحيحة وإن أريد بها تمليكه» وعلل ذلك «بأن المسجد في منزلة حر يملك»(٣). وجاء فيه: «لو وقف على مسجد لم يشترط قبول ناظره بخلاف ما إذا وهب له»(٤). ومعنى ذلك أنه يوهب له، ويشترط حينئذ قبول الهبة من ناظره لينشأ عقدها، وجاء فيه: «إن المملوك للمسجد

(١) «راجع الفتاوى الهندية جـ١ ص ١٩١».
(٢) جـ٣ ص ١١٦ طبعة الحلبي».
(٣) جـ٦ ص ٤٦.
(٤) جـ٥ ص ٢٧٠.

بشراء يصح بيعه مطلقا»[1]. ومعنى ذلك أن المسجد يملك بعقد الشراء الذي يباشره عنه ناظره. وجاء في أسنى المطالب على شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري:

«ولو كان للمسجد شقص من أرض مشتركة مملوكة له بشراء أو هبة ليصرف في عمارته ثم باع شريكه نصيبه في تلك الأرض فللقيم على المسجد أن يشفع ويأخذ حصة الشريك بالشفعة إن رأى ذلك مصلحة، كما لو كان لبيت المال شريك في أرض فباع شريكه نصيبه فيها فللإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة»[2]. ومثل ذلك في النهاية للرملي.

فهذه النصوص صريحة في أن كلا من المسجد وبيت المال يملك، وذلك يستلزم القول بثبوت الذمة لهما، انظر إلى قولهم في المسجد لأنه في منزلة حر يملك. وإذا ثبتت الذمة للمسجد ثبتت لأمثاله من المستشفيات والمدارس وجميع المنشآت كما ثبتت له ولبيت المال. وفي مذهب أحمد ما يدل أيضا على أن الحنابلة يرون هذا الرأي إذ أجازوا الوصية للمسجد وقالوا لا يشترط في تمامها قبول الناظر عليه[3].

وكذلك الحكم عند المالكية ففي منح الجليل للشيخ عليش المالكي ما يأتي: «سئل ابن زرب عمن تصدق أو وهب لمسجد بعينه هل يجبر على إخراجها وإنفاذها (يريد الهبة أو الصدقة) فقال يُجبر كمتصدق على رجل بعينه وقال أحمد بن عبد الملك يؤمر ولا يجبر. يريد لأن الانتفاع ليس للمسجد وإنما هو لجماعة الناس فهي كصدقة على غير معين وقال غيرهما لا أدري وتوقف: أ هـ»[4]. ولا يخفى أن إفتاء ابن زرب مبني على أن المسجد يتملك بالهبة والصدقة كما يتملك الرجل المعين إذا وهب له أو تصدق عليه، ويدل على ذلك قوله كمتصدق على رجل معين أي أن الصدقة على المسجد كالصدقة على رجل معين من ناحية أن كلا منهما يتملك. فيجبر المتصدق على الإنفاذ والأداء نتيجة للملك ومعنى هذا أن للمسجد ذمة.

---

(١) جـ٥ ص ٣٩٢.
(٢) جـ٢ ص٣٦٥.
(٣) «كشاف القناع جـ٢ ص٥٠٢».
(٤) جـ٤ ص ١١٤.

أما إفتاء أحمد بن عبد الملك فمبني على أن المسجد لا يتملك وأن الهبة له أو الصدقة عليه وعد بإنفاق المال في جهة بر فيؤمر بإنفاذه ولا يجبر قضاء عليه لعدم المطالب. ويدل على ذلك قوله: لأن الانتفاع ليس للمسجد وإنما هو لجماعة الناس فهي كصدقة على غير معين.

ويرجح رأي ابن زرب ما جاء في المنح نفسه: للسلطان باعتباره ناظر بيت المال أن يأخذ بالشفعة إذا كان لبيت المال شقص بسبب ميراث مثلا عندما يبيع للشريك أ هـ[1]. إذ يدل ذلك على أن بيت المال يملك بالميراث ويملك بغيره وأن له الحق في المطالبة بتملك عقار بالشفعة، ومعنى ذلك أن له ذمة وإذا كان له ذمة فماذا يمنع أن يكون لأمثاله من المسجد والمدرسة والمستشفى ذمة؟ ويدل على ذلك ما في شرح عبد الباقي الزرقاني على متن خليل عند قوله في الوقف: «إنه يكون على أهل للتملك» إذ قال: أهل التملك حقيقة كزيد والفقراء أو حكما كقنطرة ومسجد أ هـ فجعل القنطرة والمسجد أهلا للتملك في حكم الشارع. وليس معنى ذلك إلا ثبوت الذمة لهما. أما ما جاء في بعض كتب المالكية من نفي أهلية الملك عن المسجد فالمراد نفي الأهلية الحقيقية جمعًا بين الكلامين وبناء على ما ذكر يتضح لنا أن جميع المذاهب تقر بالشخصية المعنوية وهي الأهلية للملك حكما.

وقد يقول باحث إن مرجع هذا كله إلى ما لأرباب الانتفاع بهذه المنشآت من حياة فما كان لها من حقوق فهي الواقع لهم وما كان عليها من واجبات فهي عليهم وما اضطرنا إلى إسناد ذلك إليها إلا عدم تعيينهم وحصرهم وتعذر مطالبتهم إذا ما أريد أداء الحق منهم أو قيامهم جميعا بالمطالبة إذا ما كان الحق لهم فأرادوه. ولولا ذلك ما كان لهذه المنشآت حقوق وما طولبت بواجب إذ إن ذلك راجع في الحقيقة إليهم بحكم أن المنفعة لهم لا لها إذ لا نفس لها ولا حياة.

وفي رأيي أن ذلك إن صح أن يتعللوا به فليس يصح إلا أن يكون علة وسببا لثبوت الذمة لهذه المنشآت، وذلك لما قررناه من أنه يجب أن يفترض وجود ذمة لها بناء على ما فصلناه من الأسباب، فإن هذا التحليل لا ينفي أن لها حقوقا تطلب لها

(١) جـ٣ ص ٥٨٤.

قطعا وأن عليها تكاليف يطلب منها أداؤها قطعا وليس معنى هذا إلا ثبوت الذمة لها. وقولهم ليست الحقوق إلا للمنتفعين من العامة وليست الواجبات إلا عليهم لا يفيدنا في تقرير الأحكام، فإن الملك لا يثبت لغير معين والواجب لا يجب على من لا حصر له، والقيم على المنشآت ليس وكيلا عنهم ولا وليا عليهم، وإذن فلا مندوحة عن افتراض الذمة والقول بالشخصية المعنوية[1] وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن فقهاء الشريعة يثبتون الذمة للإنسان وللشخص المعنوي وأنه لا يوجد إنسان من غير ذمة وهم في هذا يتفقون مع فقهاء القانون.

وأما أن الذمة الواحدة لا تكون لشخصين معا فلما علمت من أنها عند الفقهاء عبارة عن النفس أوصفة تثبت للإنسان لخصوصيته وعلى أية حال فإذا وجد شخصان كان لكل منهما ذمة لأن لكل منهما نفسًا أو لأن كلا منهما يتمتع بهذه الخصوصية فلم يتصور أن يتجرد كل منهما عنها ويثبت لهما جميعا ذمة واحدة وفي هذا يتفق الشرع الإسلامي مع الوضعي.

وأما أنه لا يكون لإنسان أكثر من ذمة فذلك لأن له نفسا واحدة وليس له نفوس متعددة أو لأن له خصوصية واحدة تجمع صفاته، وإذا ما روعيت صفاتها كلها لم يتعدد اختصاصه بها فلا تتعدد لذلك ذمته، والإنسان إلى ذلك عندما يلتزم إنما يلتزم بشخصه. وعندما يستوجب حقا إنما يستوجبه لنفسه. وكل ذلك لا يتعدد في الإنسان وعلى ذلك فإذا وجب على إنسان حق وجب عليه في جميع ما يملك. ولا يتقيد واجب يجب عليه بنوع من ماله أو بجزء معين منه، وقد ذهب بعض علماء الألمان إلى جواز تعدد الذمة ومرجع ذلك عندهم أنهم يرون أن الذمة ليست نفس الإنسان ولا شخصيته ولا صفة منتزعة من شخصيته الاقتصادية تنتظم حقوقه وواجباته ولكنها عبارة عن مجموعة معينة من الأموال رصدت واستثمرت لتحقيق غرض اقتصادي

---

(١) غير أنهم لا يرون أن هذه الشخصية تكون للشركات التي يعرفونها سواء أكانت شركة أموال أم شركة أعمال أم شركة وجوه فكل ما يلحق الشركاء عندهم من دين يجب في ذممهم ويستوفي من جميع أموالهم. أما ما يوجد من الشركات التي لها شخصية معنوية وذمة خاصة بها في نظر علماء القانون فالفقهاء لا يعرفونها وفي رأيي أن ذلك قد يكون مرجعه إلى عدم تطور المعاملات المالية الخاصة بالشركات إلى الدرجة التي وصلت إليها في هذا العصر.

معين فالمتجر بعناصره المختلفة مجموعة قانونية مستقلة موجهة إلى ناحية اقتصادية معينة وهي مستقلة عن باقي أموال التاجر. ذلك ما ذكره الأستاذ الدكتور خيال بك في كتابه الأموال[1]. ولكنه لم يتجاوز ذلك إلى بيانه بيانا يكشف عما به من إجمال، فهل يريد بهذا أن التاجر تتعدد ذممه فتكون له ذمة خاصة مميزة غير ذمته العامة؟ ذلك ما لم يبينه وما أراه بعيد الوقوع فإن تعدد الذمم على هذا الوضع إن لم يصاحبه ضبط الحساب وأحكام في الحدود الفاصلة بينها يصبح مثار نزاع وخصومة واضطراب في المعاملة وتلاعب فيها إلى غير حد ولذا لا يعرفه الشارع الإسلامي.

وأما أن الذمة تعتبر ضمانا لكل دائن ومع ذلك لا يترتب عليه منع المدين من التصرف في أمواله فذلك ما تدل عليه أحكام الفقه الإسلامي وإن لم يصرح به فقهاؤه. ويظهر ذلك من أمرين:

أحدهما: اتفاقهم جميعا على أن المدين إذا وافاه مرض الموت حجر عليه في كل تصرف يضر بدائنيه. فإذا تبين أن المرض مرض موت وأن تصرفه ضار بدائنيه عد هذا التصرف موقوفا على إجازتهم أو زوال الضرر بأي سبب من الأسباب كالإبراء من الدين أو تبرع أجنبي بوفائه فإن أجازه الدائنون أو أبرءوا المدين أو سدد الدين نفذ وإلا بطل.

ثانيهما: اتفاقهم ما عدا أبا حنيفة ومن رأى رأيه من الزيدية على الحجر على المدين استنادا إلى ما رواه كعب بن مالك عن رسول الله ﷺ قال: «حجر النبي ﷺ على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه» رواه الدارقطني.

ويرى الشافعية والحنابلة أن الحجر على المدين يكون بناء على طلب يتقدم به الدائن إلى القاضي، فإذا تبين للقاضي أن ديونه الحالة قد تجاوزت قيمة ما يملك حجر عليه، وإلا رفض الحجر.

ويرى بعض الشافعية أن المدين قد يرى من مصلحته أن يتقدم هو إلى القاضي ذلك الطلب لتكون تسوية أمره على يده فإذا تقدم به أجابه القاضي إليه متى كانت

(١) انظر كتاب الأموال للأستاذ الدكتور خيال بك ص٩٤.

ديونه الحالة تزيد على أمواله، أما إذا كانت أمواله تساوي ديونه أو تزيد عليها فلا يجيب القاضي طلب الحجر عليه في الحالين.

فإذا ما حجر القاضي عليه تعلق حق الدائن بماله الموجود[1] عند قرار الحجر اتفاقا أما ما يملكه بعد ذلك بسبب جديد كاصطياد أو إرث أو هبة أو وصية فلا يتناوله الحجر عند الصاحبين ويتناوله أيضا عند الشافعية والحنابلة وعندئذ يمنع من التبرع في ماله المحجور عليه فيه فإذا تبرع كان تبرعه موقوفا على إجازة الدائن أو إبرائه من دينه. إن أجازه أو أبرأه أو أوفاه عنه متبرع نفذ وإلا بطل، أما معاوضاته التي لا محاباة فيها فنافذة عند الصاحبين لأنها لا تضر حينئذ بالدائن، وباطلة عند الحنابلة لعدم أهليته عندهم بسبب الحجر وذلك أصح القولين عند الشافعية.

والقول الآخر أنها موقوفة فإن زادت قيمة أمواله بارتفاع الأسعار أو سقط الدين بسبب من الأسباب أو أجاز الدائن نفذت وإلا بطلت. ولو باع ماله لدائنه وفاء لدينه كان بيعه باطلا على الرأي الأول ونافذا على الثاني ولو تصرف في ذمته بأن أسلم إليه أو اقترض صح تصرفه وثبت ذلك في ذمته ولم يؤثر في حق الدائن[2]. وذهب المالكية إلى أن الدائن له الحق في أن يمنع المدين إذا أحاط الدين بماله - بأن زاد عليه أو ساواه - من التبرعات كالهبة والقرض ومن إقراره لمتهم عليه كابنه أو أخيه أو زوجته، فلا يمنعه من إقراره لغير متهم عليه ولا من المعاوضات ومنها الهبة بعوض ولا فرق بين أن يكون الدين حالا أو مؤجلا على الأظهر. وعلى الجملة فأحوال المدين عندهم ثلاثة:

الحالة الأولى: إحاطة الدين بماله قبل الحكم عليه بالتفليس وهي تقتضي منعه من التبرعات كالهبة والصدقة والعتق والحبس والإقرار لمتهم عليه فإذا فعل شيئا من ذلك كان للغرماء حق إبطاله أما معاوضاته فنافذة.

(١) ماله الموجود يشمل عند الشافعية والحنابلة الأعيان والديون والمنافع ولا يشمل المنافع عند الصاحبين لأنها ليست أموالا عند الحنفية ويترتب على ذلك الحكم على تصرفه بإجارة أعيانه.

(٢) راجع كشاف القناع جـ٢ ص٢٠٥ وما بعدها ونهاية المحتاج جـ٤ ص٣٠٠ وما بعدها.

الحالة الثانية: قيام الغرماء عليه قبل الحكم عليه بخلع ماله ولهم حينئذ طلب سجنه إن وجدوه فإن لم يجدوه حالوا بينه وبين ماله فيمنعونه من التبرع وجميع التصرفات المالية كالبيع والشراء ولو بغير محاباة ومن التزوج.

الحالة الثالثة: حكم الحاكم بخلع ماله للدائنين لعجزه عن قضاء ديونه ويترتب على ذلك أيضا منعه من التبرعات والتصرفات المالية كما يترتب عليه قسمة ماله بين الغرماء قسمة تناسبية وحلول الديون المؤجلة[1].

هذه الأحكام كما ترى تقتضي أن فقهاء الشريعة يعدون أموال المدين ضمانا لديونه ومحلا لوفائها ولذلك رأوا أن يضعوا تلك الحدود الحافظة عليها رعاية لحق الدائنين وإذا عدت الأموال ضمانا وهي أهم عناصر الذمة كان معنى ذلك أن الذمة أيضا تعد ضمانا لها وهذا أمر معقول فالدائن لا يقدم على مداينة المدين إلا اعتمادا على ماله من ذمة كفيلة بوفائه إذا ما حل وقت الوفاء وذلك بسبب ما تنتظمه من أموال وبما لها من نشاط اقتصادي في حاضر الزمن ومستقبله.

ولما كان المرعي في ذلك الضمان أنه مبعث لطمأنينة المدين وسكونه وقد قام على ما للمدين من مكنة في أن يتملك ويكتسب وليس يتم ذلك إلا عن طريق التصرف في أعيان المال جعل له الحق في أن يتصرف فيها ما دام الدائن في أمن من ضياع دينه فإذا ما تعرض دينه للضياع بسبب أن أموال الدين أصبحت أقل من ديونه كان له حينئذ الحق في طلب الحجر عليه.

(١) راجع الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه جـ٣ ص٢٦٢ وما بعدها.



قسمة الحق في الشريعة الإسلامية

لعلماء الشريعة في قسمة الحق اتجاه آخر غير اتجاه علماء القانون فقد علمت أن قسمتهم تتجه إلى بيان معنى الحق وشرح اتجاهاته ومتعلقاته ولكن علماء الشريعة حين يقسمونه يتجهون بقسمته إلى بيان أحكامه وتفصيلها وإن جاء بيان معناه فعلى سبيل التبع وقد آن أن نشرع في بيان قسمتهم.

قسمته بالنظر إلى صاحبه:

يقسم علماء الشريعة الحق بالنظر إلى صاحبه أو بالنظر إلى من يضاف إليه أربعة أقسام، حق خالص لله تعالى، وحق خالص للإنسان أو للعبد. وحق يضاف إليهما ولكن اختصاصه بالله تعالى أقوى وأظهر وإن شئت قلت كما يقولون: ما اجتمع فيه الحقان وكان حق الله فيه غالبا. وحق يضاف إليهما ولكن اختصاصه بالإنسان أقوى وأظهر وإن شئت قلت كما يعبرون: ما اجتمع فيه الحقان وكان حق العبد غالبا.

ومبنى هذه القسمة عندهم استقراء الحقوق المشروعة وتتبعها ولذا لم يذكروا من أقسامه ما يجتمع فيه الحقان على السواء لأنه غير موجود.

ويريدون بحق الله تعالى الخالص ما شرعه لمصلحة عامة لا تخص فردا بعينه دون فرد، بل منفعته عامة لجميع أفراد المجتمع ولهذا نسب أو أضيف إلى الله تعالى حتى تكون إضافته إليه تذكيرا بأمره فيه وتوجيها إلى طاعته وحتى يكون لهذا الحق من الرعاية ما يحفظه، لما له من عظيم الفائدة وعميم النفع، ومثل هذا النوع من الحقوق يسمى لدى علماء القانون بحق المجتمع، ومن أمثلة هذا الحق عند علماء الشريعة حرمة البيت الحرام إذ قد شرعها الله مصلحة للمجتمع الإسلامي باتخاذه قبلة لهم جميعا عند صلواتهم ومثابة للاعتذار والتوبة عن جرائمهم ومأمنا يلجئون إليه عند خوفهم. كذلك حرمة الزنا فقد شرعها الله تعالى سلاما لأنسابهم وصيانة لأعراضهم وحفظا لأرواحهم وصيانة لأموالهم بامتناع الزنا الذي يعد من أهم أسباب الانتقام والتنازع وسواء في هذا الحق أن تكون منفعته للجميع منفعة دنيوية أو منفعة أخروية

كما نص على ذلك عبد الحليم في حاشيته على نور الأنوار[1]. وذلك ما يتفق مع ما عرفته من أن بحث علماء الإسلام لا يقتصر على أمور الدنيا.

ويريدون بحق الإنسان أو العبد ما شرعه الله تعالى لمصلحة دنيوية[2] خاصة لا تعم جميع أفراد المجتمع بل تخص فردا بعينه أو عدة أفراد معينين وذلك كحرمة مال الإنسان على غيره محافظة عليه وصيانة له.

وإذا اجتمعت في الحق المصلحتان فإن كانت المصلحة العامة غالبة كان حق الله فيه غالبا وكان في الحكم كحق الله الخالص وإن كانت المصلحة الخاصة غالبة كان حق الإنسان فيه غالبا وكان الحكم فيه كحق الإنسان الخالص وسنورد الأمثلة فيما يأتي:

حقوق الله الخالصة:

تنحصر حقوق الله الخالصة في ثمانية أنواع بطريق الاستقراء:

النوع الأول: العبادات المحضة أو الخالصة ومعنى ذلك أنها خلصت لأن تكون عبادة لا يشوبها معنى العقوبة ولا معنى المؤونة وقد مثلوا لها بالإيمان وفروعه فأما الإيمان فأصل العبادات فليست تصح عبادة بلا إيمان فكان لذلك أصلا لها وكانت مبنية عليه. وأما فروعه فهي العبادات بأنواعها وهي كثيرة يخطئها الحصر ومنها الصلاة والصيام والحج والزكاة والجهاد والاعتكاف وذكر الله تعالى وغيرها.

واعتبار ذلك من العبادات المحضة أمر بين وليس محل خلاف بين العلماء ما عدا الزكاة فإن ما لها من الأحكام عند الشافعية ومن ذهب مذهبهم يدل على أنهم

(١) شرح كشف الأسرار جـ٢ ص٢١٦.

(٢) تقييد هذه المصلحة بأنها دنيوية ذكره عبد الحليم في حاشية على نور الأنوار جـ٢ ص٢١٦، وكأنه يرى أن المصلحة إذا كانت أخروية كانت عامة وإن ذلك قيد لبيان الواقع ولكني أرى أن المصلحة الأخروية قد تكون خاصة أيضا وذلك مثل المصلحة التي شرع لها قضاء دين الميت بعد وفاته فقد أشار إليها الرسول ﷺ بأن نفسه معلقة بدينه حتى يقضى عنه وإلى هذا ذهب بعض الفقهاء كالشاطبي فقد قال في موافقاته كل حكم شرعي فيه حق للعباد إما عاجلا وإما آجلا بناء على أن الشريعة إنما جاءت لمصالحهم أهـ ويريد بالآجل الأخروي وقد يقال إن المصلحة الأخروية تصاحبها مصلحة دنيوية دائما فاقتصر على الأخيرة لأنها مرجع المطالبة والخصومة في الدنيا.

يرون فيها حقا للعبد وهو الفقير وليست بعبادة محضة ولذلك ذهبوا إلى أنها واجبة في مال الصبي والمجنون وعللوا ذلك بأنها ليست عبادة محضة حتى يختص بها المكلف[1] وذهبوا إلى أنه يجب على من وجبت عليه إخراجها إذا حضر إليه من يستحقها من الأصناف المبينة في آية إنما الصدقات حتى إذا لم يعطهم حتى تلف المال ضمن لمن حضر منهم حصته وذلك دليل ثبوت حقهم ولو كانت عبادة محضة ما ثبت لهم حق فيها إلا بالتسليم إليهم. أما الحنفية فيرون أنها عبادة محضة وجبت شكرا لله على نعمته ولذلك لا تجب في مال الصبي والمجنون ولا يكون لمستحق فيها حق إلا بالتسليم إليه ولم يكن له حق أخذها بنفسه من مال وجبت فيه الزكاة عندما يظفر به، وحقيقة أمره أنه لفقره جعله محلا لأن تصرف الزكاة إليه لا أنه صاحب حق فيها، وفي رأيي أن ظاهر النصوص تؤيد رأي الشافعي من أنها ليست عبادة محضة لأن للفقراء حقًا فيها ولذا كان للإمام أن يأخذها ممن وجبت عليه جبرا عنه إذا امتنع عن أدائها وكان له أن يقاتله عليها.

وأما الجهاد فلا ينافي أنه عبادة محضة ما قد يصيب المجاهدون بسببه من أموال لأنه ما شرع ليكون وسيلة لغنيمة ولا سببا لتملك مال وإنما شرع حماية للدعوة ودفاعا عن الإسلام وما كان تملك الغنائم فيه إلا تبعا ولم يقصد إليه بقتال.

وإنما كانت العبادات المحضة حقا لله تعالى لأنها قوام الدين، وعلى الدين يقوم نظام المجتمع الصالح الذي يحقق للناس سعادتهم ورفاهيتهم أفرادا وجماعات.

النوع الثاني: العبادة التي فيها معنى المؤونة[2] ومثالها صدقة الفطر. ويريد الفقهاء بالمؤونة ما به البقاء من مال أو طعام واجب كصدقة الفطر والنفقات.

وإنما عدت صدقة الفطر عبادة لأن الشارع سماها صدقة وجعلها من جملة القرب ولذا اشترطت النية في أدائها، أما معنى المؤونة فيها فلأنها تجب على الإنسان

(١) راجع نهاية المحتاج جـ٢ ص١٢٤ من كتاب الزكاة.

(٢) المؤونة فعولة وفعلها مان القوم إذا قام بكفايتهم أو إذا احتمل مؤونتهم أي قوتهم الذي به حياتهم وبقاؤهم وإذن فالمؤونة معناها الكفاية والقوت.

عن نفسه وعن غيره ممن يمونه ويلي عليه فكان وجوبها عليه بالنسبة إلى غيره كوجوب النفقة عليه لغيره وإلى هذا المعنى أشار النبي ﷺ بقوله فيها: «أدوا عمن تمونون» فكانت كالجزء من النفقة الواجبة لهم. وقد اختلف الفقهاء في ترجيح إحدى هاتين الجهتين عن الأخرى فذهب الشيخان والشافعية وغيرهم إلى ترجيح ناحية المؤونة فوجبت عندهم في مال الصبي والمجنون عن أنفسهما وعمن يمونان وعلى الوصي أو الوالي أداؤها من مالهما ولم يشترط في وجوبها كمال الأهلية لأنها ليست عبادة خالصة كالصلاة وإنما وجبت في مالهما مراعاة لذلك المعنى كما وجبت فيه العشر، ولما فيها من معنى العبادة والصدقة لم تجب على الفقير لأنه لا صدقة إلا مع اليسار كالزكاة. ورجح محمد وزفر ناحية العبادة فيها فلم تجب عليهما في مالهما ولذا اشترط في أدائها النية وهما ليسا أهلا لها، وفي رأيي أنه لا فرق بين صدقة الفطر وزكاة المال فكلاهما حق مالي اشترط له يسار خاص فمن أوجب أحدهما في مال الصغير لزمه ذلك بالنسبة إلى الآخر ومن لم يوجبه لزمه ذلك بالنسبة للآخر ولذا كان رأي محمد وزفر في عدم وجوبها ورأى الشافعية في وجوبها أوفر سلامة ومنطقا. ولما كان مصرف صدقة الفطر مصرف الزكاة كان في شرعها مصلحة عامة ظاهرة.

النوع الثالث: المؤونة فيها معنى العبادة أو القربة ومثالها العشر.

وإنما تضمن وجوب العشر هذين المعنيين لأن سببه الأرض النامية بزراعتها فكان وجوبها متعلقا بها وبنمائها وبالنظر إلى تعلقه بها كان مؤونة لأن مؤونة الشيء سبب بقائه وبقاء الأرض بأيدينا وصلاحها وعمارتها بالعشر وأدائه، إذ لو لم يؤد لكان ذلك من أسباب خرابها وعدم القدرة على الدفاع عنها ومنع العدو من الاستيلاء عليها، لأنه مورد مالي به حياة الدولة وقوتها وفي حياتها بقاء الأرض فكان لذلك وجوب العشر على أصحاب الأرض عمارة لها ونفقة عليها كما يجب عليهم ذلك لعبيدهم ودوابهم ومثله الخراج في ذلك.

وبالنظر إلى تعلقه بنمائها أشبه الزكاة فكان زكاة الخراج منها وكان مصرفه مصرف الزكاة وتحقق بذلك معنى العبادة فيه، ولأن الأرض أصل لنمائها وكان

وجوب العشر فيه ويتكرر بتكرر ظهوره في العام الواحد جعل معنى المؤونة في العشر غالبا على معنى العبادة ولذا وجب على الصبي والمجنون عند الحنفية دون الزكاة.

ولما في العشر من معنى العبادة لا يجوز أن يوضع على غير المسلمين ابتداء لأن العبادة لا تصح إلا مع الإسلام وبناء على ذلك فالأرض العشرية إذا اشتراها ذمي لم يجب عليه العشر ووجب عليه بدلا عنه الخراج عند أبي حنيفة لأن العشر لما فيه من معنى العبادة لا يناسبه، وعند أبي يوسف يكون عليه العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج، ومعنى هذا في نظري أنه خراج مقدر بضعف العشر، وعند محمد عليه العشر كما كانت لدى المسلم لأنه صار مؤونة لها فلا يتبدل كالخراج في الأرض الخراجية إذا اشتراها المسلم، وفي هذه الحال هل يصرف في مصارف الصدقة أو في مصارف الخراج: روايتان.

النوع الرابع: مؤونة فيها معنى العقوبة: وذلك هو الخراج. أما ما فيه من معنى المؤونة فلما أشرنا إليه في العشر، وأما ما فيه من معنى العقوبة فقد قالوا إنه وضع على الأرض بسبب زراعتها، والاشتغال بزراعة الأرض فيه إعراض عن الجهاد فكان فرضه في معنى العقوبة جزاء الإعراض عن الجهاد، ذلك ما قالوه، وهو غير وجيه فإنه لو صح لكان في العشر كذلك معنى العقوبة وقد وضع الخراج في عهد عمر بن الخطاب عقب فتح أرض السواد وما ماثلها وهي الأراضي التي رأى عمر أن يستبقيها في أيدي أهلها ويضرب عليهم الخراج نظير الانتفاع بها ليكون منه لجماعة المسلمين وأئمتهم ما تسد به ثغورهم وتقوم به مصالحهم العامة على مر السنين والأعوام ولم يكن فيما تبودل بين عمر والصحابة في ذلك من الأقوال والآراء ما يدل على أن في وضع الخراج معنى العقوبة[1].

(١) الخراج نوعان خراج مقاسمة إذا قدر بجزء شائع من محصول الأرض وخراج وظيفة إذا قدر بمال معين، ويوضع على الأرض يستولي عليها المسلمون عنوة ويرى الإمام أن يتركها ملكا لأربابها وهذا عند الحنفية أما عند أحمد بن حنبل فالإمام مخير في أمرها إن شاء قسمها بين الغانمين ملكا لهم ولا خراج عليهم حينئذ وإن شاء جعلها وقفا على المسلمين وتركها في أيدي أهلها نظير الخراج وذهب جمهور المالكية إلى أنها تصير وقفا على المسلمين بمجرد الاستيلاء عليها فيتركها الإمام لمن شاء ينتفع بها نظير الخراج، وذهب الشافعية إلى وجوب قسمتها بين الغانمين ولا خراج.

ولأن مصرف كل من العشر والخراج مصلحة عامة كانا من حقوق الله تعالى كما قدمنا.

النوع الخامس: حق قائم بنفسه ومعنى قيامه بنفسه أنه حق ثابت بذاته من غير أن يتعلق بذمة إنسان بناء على سبب وجب فيها باعتباره حق يكون أداؤه طاعة كغيره من حقوق الله أو حقوق العباد، وإنما ثبت حقا لله تعالى بأمره ولا حق لأحد فيه، وذلك هو خمس الغنائم والكنز والمعادن فأما الغنائم فإنها جاءت من طريق حق خالص لله تعالى به إعزاز دينه وإعلاء كلمته فكانت كسببها حقا خالصا لله كذلك، يدل عليه قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ ۖ قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِ ..... ﴿١﴾﴾ [الأنفال]. إذ معناه - والله أعلم - أن الحكم والأمر فيها لله تعالى لأنها حقه وحده والرسول ينفذه فيكم وقد تفضل - سبحانه وتعالى - فأعطى أربعة أخماسها للغانمين واستبقى الخمس لنفسه جعله فيما نص عليه في قوله تعالى: ﴿۞ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ ..... ﴿٤١﴾﴾ [الأنفال]. ولم يكن لذلك حق في ذمتنا يلزمنا أداؤه بطريق الطاعة، ومن ذلك كان الفعل وهو الأداء غير مقصود وإنما المقصود هو المال ولذا لم يحرم على بني هاشم، وكذلك القول في المعدن والكنز لم يكن لأحد حق فيهما فجعل الشارع أربعة أخماسها للواجد أو لمالك الأرض حسب التفصيل المبين في موضعه واستبقى الخمس لمن ذكرهم في الآية السابقة ونتيجة هذا البيان أن المال أصبح شركة: خمسه لله وأربعة أخماسه للواجد إن وجد في أرض مباحة ولمالك الأرض إن وجد في أرض مملوكة.

النوع السادس: العقوبات الكاملة وهي الحدود وذلك كحد الزنا وحد السرقة وحد الشرب والتعزير، ومعنى كمالها أنها تمحضت وخلصت للعقوبة بحيث لا يشوبها معنى العبادة وأنها في الوقت نفسه زاجرة، وسميت عقوبة لأنها تعقب الجريمة. ولما في العقوبة من الزجر والإصلاح كان شرعها مصلحة للمجتمع وكانت إقامتها للإمام[1]

(١) ومن هذا كان الادعاء بها غير منوط بشخص معين وكان المدعي شاهدا في الوقت نفسه، والأمور التي يجوز فيها ذلك هي حقوق الله تعالى وهي الطلاق والنكاح وعتق الأمة وحد الزنا وحد الشرب والإيلاء والخلع والظهار والرضاع والمصاهرة أما حد السرقة فالدعوى شرط فيه بالنسبة للمال لأن الخصومة شرط لظهور السرقة.

ومن هذا لم يشترط في إقامتها تقدم الدعوى إلا في حد السرقة فيشترط في إقامته سواء أكانت مبينة على الإقرار أو على الشهادة تقدم الدعوى بالمال لا بطلب الحد.

النوع السابع: العقوبات القاصرة وذلك مثل حرمان القاتل من الميراث ومعنى العقوبة في هذا الحرمان ظاهر، وسبب القصور فيه أنه غرم مالي لا يصل بسببه إلى الجاني ألم بجسمه ولا يلحقه نقصان فيما تحت يده من مال، فكان لذلك معنى العقوبة فيه قاصرا غير كامل. وإنما كان هذا النوع حقا لله تعالى لعدم وصول منفعة منه إلى المجني عليه وهو المقتول فكان لذلك جزاء خالصا لله تعالى زاجرا عن ارتكاب تلك الجريمة ولذا كان شرعه مصلحة عامة.

النوع الثامن: حقوق فيها معنى العبادة والعقوبة وهي الكفارات، أما معنى العبادة فيها فلأنها تؤدي بما هو عبادة خالصة من عتق وصيام وتصدق، وهذا المعنى لا تجب على الإنسان بطريق القضاء بل بالفتيا ولا تستوفي منه جبرا. وأما معنى العقوبة فيها فلأنها لم تجب إلا جزاء على أفعال محظورة يرتكبها الإنسان ولذا سميت كفارة لأنها ساترة للذنب ولما فيها من معنى الزجر كان في شرعها مصلحة عامة للمجتمع وكانت لذلك حقا لله تعالى، وهذا إلى أنها تؤدي بالعبادة وهي حق خالص له تعالى.

وناحية العبادة غالبة في الكفارات كلها عند الحنفية ما عدا كفارة الفطر في رمضان فإن الفقهاء قد غلبوا فيها ناحية العقوبة ودليل تغليب ناحية العبادة في الكفارات وجوبها على أصحاب الأعذار كالمخطئ والناسي والمكره والمضطر ومن به أذى من رأسه[1] ولو كانت ناحية العقوبة فيها غالبة ما وجبت على ذي عذر إذ لا عقوبة على معذور، وإن بعضها ككفارة اليمين قد يجب مع عدم الجناية كما في

(١) يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ ۚ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ .... ﴿١٩٦﴾﴾ [البقرة]. فإذا أحرم الإنسان بالحج منع من أن يحلق رأسه إلى أن يبلغ الهدي محله وذلك كناية عن نحره في وقته وفي مكانه فإذا دعاه المرض أو الأذى في رأسه إلى أن يحلق شعره جاز له الحلق وعليه فدية: صيام ثلاثة أيام أو إطعام ستة مساكين أو أداء نسك وهو نحر شاة فذلك كفارة له عن الحلق وقد وجبت مع العذر الداعي إليه وذلك لما فيها من معنى العبادة الغالب ودليل ذلك الآية والسنة الواردة في ذلك من طرق عديدة راجع تفسير ابن كثير جـ١ ص٤٤٦ وما بعدها.

شخص حلف لا يكلم فلانا الوثني ثم كلمه بعد أن أسلم، فإن كفارة اليمين تجب عليه لحنثه في يمينه في حين أن الحنث في هذه الحال مطلوب وأن البر في اليمين بعد الإسلام معصية لأن هجران المسلم فوق ثلاثة أيام غير مشروع، وأما غير الحنفية كالشافعية فقد غلبوا في الكفارات على الجملة ناحية العقوبة ولذا لا تجب عندهم على أصحاب الأعذار فلا تجب كفارة اليمين ولا كفارة الفطر ولا كفارة الظهار على الناسي والمخطئ والمكره بخلاف كفارة القتل لوجوبها على هؤلاء قال تعالى: ﴿...وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ...﴿٩٢﴾﴾ [النساء]. ومن هذا يتبين أن كفارة الفطر غلب فيها معنى العقوبة باتفاق فلم تجب على معذور وأن كفارة القتل غلب فيها معنى العبادة باتفاق فوجبت على المعذور كالمخطئ والناسي والمكره وأن كفارة اليمين والظهار محل خلاف فأوجبها الحنفية على المعذور لغلبة معنى العبادة فيهما ولم يوجبها المالكية والشافعية عليه لغلبة معنى العقوبة فيهما[1].

(١) جملة القول أن الكفارات أربع:

١- كفارة اليمين وهي التي ذكرها الله تعالى في كتابه: ﴿...فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَـٰثَةِ أَيَّامٍ ذَٰلِكَ كَفَّـٰرَةُ أَيْمَـٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَٱحْفَظُوٓا۟ أَيْمَـٰنَكُمْ ...﴿٨٩﴾﴾ [المائدة].

ومن العلماء من قيد الرقبة بأن تكون مؤمنة كالمالكية والشافعية، وذهب الحنفية إلى إطلاقها ولكنهم قيدوا الأيام بالتتابع خلافا لغيرهم.

ويرى الحنفية والمالكية وجوبها على الناسي والمخطئ والمكره والمضطر.

ويرى الشافعي أن الحنث لا يتحقق مع الخطأ والنسيان والإكراه على الأصح ولذا لا تجب الكفارة عليهم.

٢- كفارة الظهار وهي التي ذكرها الله: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٣﴾ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ...﴿٤﴾﴾ [المجادلة].

وقيد بعض العلماء الرقبة بأن تكون مؤمنة.

ويرى الحنفية وجوب هذه الكفارة على المخطئ والناسي والمكره ولا كفارة عليهم عند مالك وأحمد لعدم صحة ظهارهم.

٣- كفارة الفطر في رمضان وهي مثل كفارة الظهار للحديث.

ويرى الحنفية عدم وجوبها على الناسي لعدم فطره ولا على المكره والمخطئ والمضطر لعذرهم. وإلى عدم وجوبها عليهم ذهب المالكية وإن تحقق فطرهم. ويرى الشافعية أنها لا تجب على الناسي والمخطئ والمكره لعدم فطرهم.
=

ودليل تغليب ناحية العقوبة في كفارة الفطر قوله ﷺ: «من أفطر في رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر» فإن وصف الإفطار بالتعمد ينم عن معنى الجريمة فيه وبه يتم معنى الجناية ثم رتب وجوب الكفارة على ذلك فعرف لذلك أن ناحية الجناية فيها ظاهرة. ولهذا تسقط في كل موضع تحققت فيه شبهة الإباحة كالحدود. ومثلوا لذلك بأن يسمع الصائم قوله ﷺ: «أفطر الحاجم والمحجوم» فيقع في نفسه معناه الظاهر ثم يفطر عمدا بعد الحجامة، فإنه في هذه الحال لا تجب عليه كفارة الفطر للشبهة ولذا لم تجب على الناسي ولا على المكره والمخطئ كما مر.

حق الإنسان الخالص:

حقوق العباد الخالصة لهم كثيرة لا يحصيها العد، فمنها جميع الحقوق المترتبة على العقود وجميع الحقوق المترتبة على إتلاف ملك الغير أو الاستيلاء عليه بغير حق ومنها الدية وأرش الأطراف والولاية والحضانة ومنها غير ذلك كثير مما شرع لمصلحة دنيوية خاصة وعنى الفقهاء ببيانه عند كلامهم على الأموال والعقود والزواج والطلاق وغير ذلك من أبواب الفقه الإسلامي.

ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب:

مثل الفقهاء لهذا النوع بحد القذف[1] فإن في شرعه صيانة لأعراض الناس

= ٤- كفارة القتل الخطأ وهي تحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وفي رواية عن أحمد أن من لم يستطع الصوم يطعم ستين مسكينا.
ويرى الحنفية وجوبها على الناسي والمخطئ والمكره وإلى ذلك ذهب الشافعية.

(١) القذف لغة الرمي واصطلاحا أن يرمي إنسان بالزنا صراحة أو دلالة مكلفا حرا مسلما عفيفا عنه. كأن يقول له أنت زان أو يازان وكأن يقول لها يا زانية أو لست بابنة فلان أو لست لأبيك في حال غضب لا في حال عتاب أو تأديب. واشترط الشافعي فيه ألا يكون ذلك في خلوة. وفي بعض الأمثلة المتقدمة رميت بالزنا أم المخاطب. والقذف دلالة كأن يقول من سمع القذف المتقدم: هو كما قلت أو هو كذلك. والقذف جناية حدد الشارع عقوبتها في قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٥﴾ ﴾ [النور]. ولا يحد القاذف إلا بطلب المقذوف أو بطلب أحد أصوله أو فروعه إن كان المقذوف ميتا وقت قذفه ويبطل بوفاة المقذوف بعد قذفه ولا يصح بعد القضاء به=

ومنعا لتعاديهم وتقاتلهم وزجرا عن اقتراف هذه الجريمة ومن هذه الناحية يحقق مصلحة عامة يثبت بها حق الله فيه. وفي شرعه كذلك دفع للعار عن المحصنة التي قذفت وإقرار لشرفها وإعلان لحصانتها ومن هذه الناحية يحقق مصلحة خاصة يكون بها الحد حقا للإنسان أو للعبد.

والمشهور عند الفقهاء وبخاصة الحنفية أن حق الله فيه غالب تقديما للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة ولسببين آخرين: أحدهما أن في شرعه ناحيتين. أولاهما أنه وجب جزاء على جريمة الرمي بالزنا تعفية لأثره. ومقتضاها أن يكون كحد الزنا خالصا لله تعالى لأن كلا منهما مترتب على حرمة الزنا التي هي حق خالص لله تعالى. وثانيتهما أنه شرع صيانة لعرض المقذوف وصيانته حق له وحق لله تعالى فكان فيه الحقان. واجتماع هذين الناحيتين فيه يقتضي تغليب حق الله تعالى لأن إحداهما تقتضي خلوصه لله تعالى والأخرى تقتضي إشراكه فكان له الحظ الأوفر.

ثانيهما: أن ما للعبد من حق يتولى استيفاءه مولاه فإذا غلب حق الله تعالى صار حق العبد مرعيا بذلك لا مهدرا بخلاف ما إذا غلب حق العبد إذ قد يترك العبد حقه فلا يستوفي عندئذ حق الله تعالى. وإذا قام العبد بطلبه فلا يعتبر نائبا عن الشارع فيه إلا بدليل. ولا دليل. بل الثابت من الشرع أن استيفاء هذا الحق للإمام كسائر الحدود التي هي من حقوق الله تعالى فكان لذلك حق الله غالبا.

وقد كان لاشتراك الحقين فيه مظهر فيما شرع له من الأحكام إذ روعي في بعضها ما فيه لله من حق وفي بعضها الآخر ما فيه للعبد من حق غير أن الذين غلبوا أحد الحقين كانت مراعاة الحق الغالب عندهم ظاهرة في أكثر أحكامه ومراعاة الحق الآخر ظاهرة في الباقي فاختلفت لذلك بعض أحكامه باختلاف الوجهتين كما اتفقت بعضها للاتفاق فيها على مراعاة وجهة معينة منهما.

وقد غلب فيه حق الله عند جمور الحنفية فروعي في أحكامه الآتية:

١ – عدم جريان الإرث فيه عندهم فلا ينتقل حق المطالبة به لموت المقذوف إلى ورثته

=الرجوع عنه ولا العفو بخلاف ما قبل القضاء لاعتبار ذلك تركا للدعوى وهي شرط في إقامة حده وهذا كله عند الحنفية.

ولا إلى غيرهم. وإنما يسقط بالموت. وذهب أحمد إلى أنه يثبت لعصبة المقذوف إذا ما توفى بعد مطالبته به فيكون لهم حق استيفائه أما إذا توفي قبل أن يطالب به فإنه يسقط بوفاته. وذهب مالك والشافعي وأحمد في روايه عنه إلى أنه لا يسقط بالموت سواء أطالب به المقذوف أم لم يطالب، لأنه إنما وجب لدفع العار وزجر القاذف وردع غيره. والمعرة به تلحق المقذوف وأقاربه فأعطى الحق له ابتداء إذا كان حيا لأن الجرم وقع عليه مباشرة فكان لذلك أحرص الناس على المطالبة به وبناء على ذلك لا يسقط بوفاته وإنما ينتقل إلى أقاربه. وفي بيان من ينتقل إليه من الأقارب عندهم تفصيل وخلاف ليس الموضع موضعه ولكنا نقول إنه لا ينتقل إليهم انتقال الميراث.

٢- أنه إذا قضى به القاضي ثم عفا المقذوف أو طالبه لم يسقط بالعفو إلا في رواية عن أبي يوسف رواها بشر ابن الوليد الكندي[١] .

٣- أنه لا يستوفيه إلا الإمام وليس للمقذوف حق استيفائه بخلاف القصاص وإذا استوفاه المقذوف مثلا لم يسقط الحد وعزر لإقدامه على ما ليس له من جلد القاذهف.

٤- لا يجوز المصالحة عليه نظير المال وإذا صولح عليه نظير المال لم يسقط ولم يجب المال.

٥- أنه ينصف بالنسبة إلى الرقيق فهو للحر ثمانون جلدة وللعبد أربعون ولا ينصف إلا ما كان حقا لله أو غلب فيه حق الله.

٦- أنه لا يختلف باختلاف المقذوف وجاهة ومنزلة في المجتمع.

٧- أنه لا يسقط بردة القاذف فينفذ عليه أولا حد القذف ثم يقتل إن أصر على الردة.

٨- أنه إذا تعددت أسبابه تداخل فلم يجب إلا حد واحد فلو قذف شخص عدة أشخاص ولو في أزمان مختلفة ولم يحد فإنه يحد حدا واحدا فقط عن جميع مرات القذف.

---

(١) هو أحد أصحاب أبي يوسف روى عنه كتبه وأماليه وولي القضاء ببغداد في زمن الخليفة المعتصم وتوفي سنة ٢٣٨هـ.

ومع مراعاة حق الله فيما تقدم روعي ما فيه من حق للعبد في الأحكام الآتية:

١- وجوب تقدم الدعوى لإقامته ولو كان حقا لله خالصا لكانت إقامته من باب الاحتساب لا يشترط فيها دعوى[1].

٢- إقامته على المستأمن إذا قذف في دار الإسلام ولو روعي أنه لله ما أقيم عليه كحد الزنا وحد الشرب.

٣- إذا اجتمع مع غيره من الحدود قدم تنفيذه على تنفيذها فإذا وجب على شخص حد قذف وحد زنا وحد شرب بدئ بحد القذف مراعاة لما فيه من حق العبد لأن الله تعالى غني فيتأخر حقه.

٤- إذا أقر القاذف بما يستوجبه لم يقبل منه العدول عن إقراره بعد ذلك ولو كان حقا لله تعالى لقبل عدوله كما في حد الزنا.

٥- قبول الشهادة عليه ولو عند التقادم ولو كان حقا لله لردت الشهادة عليه عند التقادم إذ يعد تركها هذه المدة إثما يستوجب ردها[2].

وذهب الشافعية إلى أن حق العبد فيه غالب تقديما لحق العبد على حق الله نظرا إلى حاجة العبد وغنى الله تعالى[3].

ولأن السبب في وجوبه على القاذف اعتداؤه على عرض المقذوف وهو حقه. يدل عليه ما روي عنه ﷺ أنه قال: «أيعجز أحدكم أن يكون مثل أبي ضمضم إذا أصبح يقول اللهم إني تصدقت بعرضي على عبادك» فإن ذلك إقرار لقوله ولا يتصدق الإنسان إلا بما يملك وهذا المعنى أظهر فيه من حق العامة لأن حق العامة كالتبع لذلك فكان حق المقذوف غالبا - كالقصاص.

(١) لا ينقض هذا أن حد السرقة لا يقام إلا بعد الدعوى مع أنه حق خالص لله تعالى ذلك لأن الدعوى المشروط تقدمها عليه هي الدعوى بالمال لا بالحد حتى لو تقدمته الدعوى بالحد فقط ولم يتعرض فيها لطلب المال لم يلتفت إليها إذ لا تظهر السرقة إلا بالخصومة في المال حتى تنتفي الشبهة المسقطة للحد.

(٢) راجع الدر المختار ورد المحتار عليه جـ٣ ص ١٨٩ وما بعدها.

(٣) راجع أسنى المطالب على روض الطالب جـ٤ ص٤٣٦ ترى فيه أن الحقين قد اجتمعا فيه وأن حق الآدمي غالب.

ولتغليب حق العبد عندهم قالوا:

١ - إنه ينتقل بعد وفاة المقذوف إلى أقاربه فيطالبون به.

٢- إنه لا يتداخل فإذا تعدد القذف تعدد الحد.

٣- إنه يسقط بالعفو ولو بعد القضاء. وإذا عفى المقذوف نظير مال سقط الحد ولم يجب المال.

٤- إنه لا يجب إذا حصل القذف بإذن من المقذوف أو رضا منه.

٥- إنه لا يؤخر تنفيذه لمرض يرجى زواله ولا لحر شديد أو برد شديد ولو كان حقا لله لأخر من أجل ذلك[1].

أما ما عدا ذلك من الأحكام مما ذكرنا فمحل اتفاق بين الحنفية والشافعية للنظر فيها إلى وجهة واحدة ومن هذا يتبين أن الأحكام التي روعي فيها حق الله عند الحنفية هي الأكثر وعند الشافعية على العكس من ذلك ولذا كان حق الله غالبا عند الحنفية وكان حق العبد غالبا عند الشافعية.

وجملة القول أن حد القذف محل لاختلاف العلماء فمن الحنفية من عده من الحقوق الخالصة لله تعالى كما نقل ذلك بعض شراح المنار وأشار إلى هذا القول الكاساني في كتابه البدائع إذ قال: «ولو كان المقذوف حيا وقت القذف ثم مات قبل الخصومة أو بعدها سقط عندنا خلافا للشافعي بناء على أن حد القذف عندنا حق خالص لله تعالى أو الغالب فيه حقه[2]. وكما أشار إليه صاحب الهداية إذ قال: ومن أصحابنا من قال إن الغالب فيه حق العبد وخرج الأحكام والأول أظهر[3]. وجمهور الفقهاء على أن الحقين مجتمعان فيه وأنه قد روعي في أحكامه اجتماعهما على الوجه الذي بيناه وأن بعضهم قد مال مع ذلك إلى اعتبار حق الله غالبا وبعضهم قد مال إلى اعتبار حق العبد غالبا وذلك نظرا لكثرة الأحكام وقلتها كما أسلفنا وفي رأيي أنه لا وجه للتفرقة بين حد الزنا وحد القذف فكلاهما جزاء على جريمة هي انتهاك العرض

(١) راجع أسنى المطالب على روض الطالب جـ٤ ص١٣٣.

(٢) انظر بدائع الصنائع للكاساني جـ٨ ص٥٧.

(٣) راجع الهداية جـ٤ ص١٩٨.

فإما أن يكونا كلاهما حقا خالصا لله أو مشتركا وحق الله فيهما غالب أو مغلوب وإذا كان من المقرر أن المصلحة العامة يجب أن تقدم على المصلحة الخاصة كان الرأي القائل بتغليب حق الله أوجه.

ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب:

وقد مثل الفقهاء له بالقصاص واجتماع الحقين فيه من ناحية أن القتل جناية على النفس ولله فيها حق الاستعباد وفي صيانتها صيانة المجتمع فكان حق الله فيه ظاهرا. ومن ناحية أن حياة الإنسان له، وله حق الاستمتاع ببقائها وفي القصاص شفاء لما في الصدور وإطفاء لنار الحقد وإرواء لعاطفة الانتقام والأخذ بالثأر فكان حقه فيه لذلك ظاهرا وكان كذلك غالبا لما في القصاص من معنى المماثلة التي تنبئ عن التعويض والجبر بقدر الإمكان.

ولأن فيه حقا لله تعالى سقط بالشبهات كالحدود الخالصة وروعي فيه وجوبه أنه جزاء للجريمة نفسها لا جبرا للمحل ولذا قتلت الجماعة بالواحد.

ولأن فيه حقا للعبد جعل التنفيذ فيه إلى المولى وصح الصلح عنه على مال وجاز فيه العفو وجرى فيه الإرث عند أبي يوسف ومحمد وكذلك الشافعي وأحمد في رواية عنهما، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يثبت لوارث المقتول ابتداء لا بطريق الإرث ولذا ثبت لكل وارث حق العفو كاملا بطريق الخلافة عن المورث لا بطريق الوراثة. وإذا عفا أحد الورثة سقط القصاص وانقلب حق باقي الورثة مالا فيكون لهم حصتهم في الدية على قدر مواريثهم.

وقد يثير اعتبار القصاص حقا مشتركا فيه حق العبد غالب مناقشة في اعتبار حرمان القاتل من الإرث حقا خالصا لله تعالى فإن كلا منهما جزاء الجناية على النفس وكلاهما لا يعود منه نفع على المقتول فعلى أي أساس كانت هذه التفرقة؟ في رأيي أن التفرقة بينهما تكاد تكون أمرًا تحكميًّا.

وقسمة الحق هذه القسمة الرباعية ينبغي أن تكون بالنسبة إلى أحكام هذه الأقسام قسمة ثنائية فإن ما اجتمع فيه الحقان وغلب منهما حق الله هو في الحكم كحق الله الخالص إلا في تقدم الدعوى به فإن وجود حق العبد يترتب عليه دائما وجوب تقدم الدعوى عليه وما اجتمع فيه الحقان وغلب منهما حق العبد هو في الحكم كحق العبد الخالص وعلى ذلك فالحق قسمان لكل قسم حكم: أحدهما ما كان حقا لله أو غلب فيه حق الله تعالى والثاني ما كان حقا للعبد أو غلب فيه حق العبد.

وحكم القسم الأول أن ليس للإنسان فيه خيار فلا يستطيع إسقاطه والتنازل عنه وإذا كان مما يتدخل القضاء في استيفائه كان استيفاؤه لولي الأمر وذلك كالحدود وحد القذف. فليس لغير الحاكم أن يقيم حد السرقة أو حد الزنا أو حد الشرب أو حد الفساد في الأرض أو حد القذف حتى إن المقذوف نفسه ليس له أن يستوفيه وإذا استوفاه فعلا لم يسقط الحد باستيفائه وعزر لإقدامه على ما ليس له كما قدمنا.

وحكم القسم الثاني أن لصاحبه الخيار إن شاء استوفاه وإن شاء أسقطه فلصاحب الدين أن يبرئ مدينه منه ولولي القصاص أن يتنازل عنه فيعفو عن القاتل كما أن له أن يطالب بإقامته.

قال الله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَـٰنٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾ ﴾ [البقرة]. أي فمن ناله من أخيه ولي الدم شيء من العفو فليتبع ذلك بالمعروف وليكن أداء الدية حينئذ بإحسان[1] أو المعنى فمن عفي له من أخيه المقتول شيء وهو دمه، أي أن القاتل إذا عفا له ولي الدم عن دم مقتوله وأسقط القصاص فإنه يأخذ الدية، وقال تعالى: ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَـٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾ ﴾ [الإسراء]. أي جعلنا له ولاية القود واستيفاءه وتركه إلى الدية أو إلى مال يتم الصلح عليه أو العفو بالمجان.

(١) في تفسير هذه الآية وجوه كثيرة فارجع إليها إن شئت في كتب التفسير فإن التعرض لها يخرجنا عن موضوعنا.

وجملة القول أن لولي الدم حق استيفاء القصاص بمباشرته عند الجمهور[1] ولم يخرج عن ذلك إلا بعض المالكية إذ قالوا: إن مباشرة القصاص من حق ولي الأمر فإن شاء باشره بنفسه وإن شاء عهد فيه إلى ولي الدم. قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير[2]. الحاكم مخير بين أن يقتل الجاني وبين أن يسلمه لولي المقتول ليستوفي منه. ثم قال: وما في المدونة يقتضي أنه يجب على الحاكم أن يسلم القاتل إلى الولي ليقتص منه. ومثله في شرح الزرقاني[3]. وهذا في القصاص بالقتل أما قصاص الأطراف فمن حق الحاكم اتفاقا.

قال القرطبي في تفسيره[4] لا خلاف في أن القصاص في القتل لا يقيمه إلا ولي الأمر وفرض الله عليه النهوض بالقصاص وإقامة الحدود، ومعنى ذلك أن ولي الدم لا يقتص من القاتل إلا بعد ثبوت القصاص عليه قضاء والحكم به عليه.

وقال أيضا: اتفق أئمة الفتوى على أن لا يكون لأحد أن يقتص من أحد حقه دون السلطان وليس للناس أن يقتص بعضهم من بعض وإنما ذلك للسلطان، ولهذا جعل الله السلطان ليقبض أيدي الناس بعضهم عن بعض.

وهذا ما يفهم من عبارات الفقهاء عدا الحنفية. بل لقد ذهب الفقهاء إلى أنه لا يجوز لولي الدم أن يستوفي القصاص إلا بحضرة السلطان أو نائبه لأنه يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحيف فإن استوفاه في غير حضور السلطان أو نائبه عزر لأنه قد افتات على حق السلطان.

وفي الدر المختار قال: والإمام شرط استيفاء القصاص كالحدود عند الأصوليين وفرق الفقهاء. فإذا كان المعنى أن حضور السلطان شرط في الاستيفاء اقتضى ذلك من باب أولى أن القصاص لا يكون إلا بعد الحكم به. ولكنه يقول إن ذلك عند

(١) حتى لقد ذهب الفقهاء إلى أنه لا يكون للإمام أن يقتل قصاصا بمجرد ثبوته كأن يشاهد إنسان يقتل آخر ثم لا يعرف المقتول أو يحضر القاتل فيقر أنه قتل آخر ولم يسمه، وذلك لاحتمال أن للمقتول وليا. بل يحبس حتى يتبين المقتول وهل له ولي. دسوقي جـ٤ ص١٩٧.

(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جـ٤ ص ٢٥٩.

(٣) انظر شرح الزرقاني، جـ٤ ص٢٣.

(٤) انظر تفسير القرطبي، جـ٢ ص ٢٢٧.

الأصوليين خلافا للفقهاء. ويؤيد ذلك ما جاء في الفتاوى الهندية في باب استيفاء القصاص جـ٨: وإذا قتل الرجل عمدًا وله ولي واحد فله أن يقتل قاتله قصاصا قضى القاضي بذلك أو لم يقض. وإذا أراد الولي قتله بغير السيف منعه ولي الأمر ولو فعل ذلك يعزر إلا أنه لا قصاص عليه أ هـ نقلا عن المحيط وهو فرع غير مقبول لأن الأخذ بما تضمنه من حكم يؤدي إلى الفوضى والاضطراب. فإن للقصاص شروطا لا بد فيه من توافرها وقد ينكر القاتل جريمته فلا يعقل أن يترك تقدير كل ذلك لولي الدم مع حفيظته وشدة حنقه وغضبه وعظم تأثره ثم كيف يمنعه ولي الأمر من القتل بغير السيف إلا إذا كان حاضرا وكيف يحضر من غير أن يصدر قضاء بالقصاص وعلى هذا فالظاهر الذي يجب المصير إليه أنه لا يجوز استيفاء القصاص إلا بعد القضاء.

ومن هذا يتبين اختلاف النظرة الإسلامية عن النظرة القانونية في التشريع الوضعي، فالقصاص في الشريعة الإسلامية روعي فيه حق المجني عليه أو حق وليه ولهذا لا يقام إلا بناء على دعوى ترفع من صاحب الحق فإذا تركها لم يستطع ولي الأمر تنفيذ القصاص في قاتل ولو قبض عليه في حال المباشرة وكل ما يكون له هو حق التعزير ولصاحب الحق فيه أن يعفو أما في التشريع الوضعي فحق رفع الدعوى للمجتمع يتولاها عنه ولي الأمر ولا يملك ولي الدم حق العفو بل ولا يملك رفع الدعوى على الجاني.

نقد القسمة السابقة:

بنيت هذه القسمة على أن الله - سبحانه وتعالى - غني عن عباده وعن أعمالهم، وأن جميع ما شرعه لهم من الشرائع عبادات كانت أو معاملات إنما شرعه ليكون وسيلة إلى توفير ما يطلب لهم من صلاح وتحقيق ما يرجى لهم من سعادة وفلاح وليكون وقاية مما قد يتعرضون له من فساد وشرور وشقاء ولذا كانت هذه القسمة محيطة بالأقسام حاصرة لها، فما شرع لمصلحة عامة سمي بحق الله تعالى وما شرع لمصلحة خاصة سمي بحق العبد وليس من الشرائع ما كان شرعه لله فقط دون نظر إلى مصلحة عباده. وذلك أساس صحيح. ولكن محل النقد هو ابتناء القسمة عليه

وحده، ذلك لأن الله تعالى وقد شرع للناس ما يحقق لهم مصالحهم جعل شريعته وسيلة يتقربون بها إليه وطريقة يعبدونه بامتثالها وجعل طاعته فيها مستوجبة لمثوبته وعصيانه سببا مستوجبا لعقوبته فكان لذلك كل أمر من أوامره وكل نهي من نواهيه لا يخلو من حق له فيهما لأنه إذا طلب فمن حقه على عباده أن يطيعوه فيما طلب بامتثاله وإذا نهى فمن حقه على عباده أن يطيعوه فيما نهى عنه باجتنابه وإلى هذا أشار الشاطبي في كتابه الموافقات في غير موضع فقرر أن ناحية التعبد موجودة في كل حكم سواء أكان معقول المعنى بينة حكمته أم غير معقولة وأن الحقين متلازمان إذا وجد أحدهما وجد الآخر معه فهما دائما مجتمعان.

وإلى هذا مال القرافي أيضا في فروقه مع اختلاف يسير فقد جاء في الفرق الثاني والعشرين بين حق الله تعالى وحق الآدمي ما ملخصه: ونعني بحق العبد المحض ما لو أسقطه لسقط، وإلا فليس يوجد حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه. ونعني بحق الله تعالى ما لا يصح إسقاطه ولا التنازل عنه من أحد، وإن وجد فيه مصلحة للعبد. ومع ذلك تكون التفرقة بينهما راجعة إلى صحة الإسقاط فكل ما للعبد إسقاطه سمي حقا له وكل ما ليس له إسقاطه سمي حق الله تعالى، ورأى مع ذلك أن حق الله تعالى قد يوجد دون أن يصاحبه حق للعبد.

وإذا لاحظنا أن حق الله تعالى هو عبارة عن مصلحة عامة للعباد لم يكن هذا القول صحيحا إلا على معنى أن الحكم قد يشرع لمصلحة عامة دون أن يكون فيه مصلحة خاصة بفرد معين.

ثم ذكر القرافي بعد ذلك أحكاما بين ما فيها من حق الله تعالى وما تضمنته من مصالح خاصة فذكر تحريم الربا وعقود الغرر وعقود الجهالة وحرمة إتلاف المال بإلقائه في البحر وتضييعه في غير وجوهه المشروعة وحرمة المكر وحرمة الزنا والسرقة والقتل والقذف إلى غير ذلك من المحرمات. وبناء على ما ذكر يتبين لنا أن لا يوجد حق خالص للعباد كما ذهب إليه أصحاب القسمة السابقة وأن الحقوق كلها لا تخلو من الحقين غاية الأمر أن إحدى الناحيتين قد تغلب فتراعى كثيرا وتراعى الأخرى

قليلا فإذا غلبت مصلحة الفرد سمي الحق بحق العبد وإذا غلبت مصلحة الجماعة سمي بحق الله تعالى. وعلى هذا كان الأقرب أن تجعل القسمة ثنائية لا رباعية.

قسمة الحق بالنظر إلى محله

نريد بمحل الحق ما يتمثل به الحق في الخارج فيكون هو عين الحق، ينطبق عليه اسمه ويدل عليه به مضافا إليه تمييزا له من غيره، كما هو الحال في حق الملك، فإن الملك هو محل الحق، يتمثل به في الخارج، فيرى أنه ليس إلا نفس الحق، فيصدق عليه الحق، ويدل به عليه مع الإضافة إليه؛ بأن يقال حق الملك، أي حق هو الملك.

وأقسام الحق بالنظر إلى هذه الناحية كثيرة متعددة بعدد أنواعه، وإن شئت قلت بعدد أسمائه إذ إنك تجد منه حق الحضانة، وحق الضم، وحق الحبس، وحق الولاء، وحق الطاعة، وحق النفقة، وحق النسب، وحق الولاية، وحق الميراث وحق الرجوع في الهبة، وحق الشفعة وحق الدين، وحق الخيار، وحق الاحتجار وحق القصاص، إلى غير ذلك من الحقوق التي قد يخطئها الحصر ولا يحسن في مثل هذه الدراسة عدها. ولذا نرى أن نتخذ طريقا وسطها فننظمها ما أمكننا ذلك في أقسام كلية نعتمد في تمييز بعضها من بعض على ما يختص به كل قسم من معنى عام يتحقق في إفراده على وجه إجمالي، ولست أدعي أن هذا الصنيع سينتظم جميع الحقوق فلا يخرج أي حق عن أي قسم من أقسامه لكن أرى أنه يهيئ لنا صورة إجمالية من صور الإحصاء أو الحصر تمكننا من تحقيق الغرض الذي نرمي إليه بهذه القسمة، وهو تصور الحقوق من هذه الناحية بصورة إجمالية قد تكشف لنا عن بعض الأسباب التي اقتضت اختلاف هذه الحقوق في بعض أحكامها.

وبناء على ذلك نقول إن الحق ينقسم من هذه الناحية إلى الأقسام الآتية: حقوق تتعلق بشئون المال، وحقوق تتعلق بشئون الأسرة. وحقوق تتعلق بالشئون الأدبية. وحقوق تتعلق بالشئون الاجتماعية العامة.



تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته

أهلية الوجوب:

١ - لا يعرى أي إنسان يوجد في هذه الحياة الاجتماعية عن أن يكون له حقوق قبل غيره فله أن يطالب بها حتى يستوفيها، وأن تجب عليه واجبات لغيره فيكون مطالبا بها حتى يؤديها. وهذه نتيجة ضرورية للاجتماع الإنساني، تتبع طبيعة تكوينه ومقتضيات وجوده وأسس نظامه وأسباب دوامه وهي ظاهرة جلية لا تحتاج إلى بيان ولا تتطلب البرهان.

وثبوت ذلك لكل عضو من أعضاء المجتمع الإنساني مظهر صلاحيته في ذاته لأن تكون له حقوق وتفرض عليه واجبات، وهذه الصلاحية تسمى لدى علماء الفقه الإسلامي بأهلية الوجوب، ومناط هذه الأهلية عندهم حياة الإنسان، فكل إنسان حي تثبت له هذه الأهلية، سواء أكان صغيرًا أم كبيرًا، عاقلا أم غير عاقل، رشيدا أم غير رشيد، فإذا مات زايلته تلك الأهلية ولا يبقى لها أثر إلا في أحوال خاصة روعي فيها ماضي حياته، فاعتبرت باقية في حق أحكام مخصوصة لضرورات دعت إلى ذلك، وسيأتي فيها بعد بيانها.

٢- وثبوت هذه الأهلية لشخص ما، يستلزم ثبوت شيء آخر له هو الذمة، فهما أمران متلازمان، ولذا لا تكاد تجد بينهما فرقا بالنسبة لما يترتب على ثبوتهما من الآثار، ذلك لأنهما بمعنى واحد أو ينتهيان إلى معنى واحد، فقد عرفت أن أهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات.

الذمة:

وهم يعرفون الذمة(١) بأنها وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان أهلا للوجوب له والوجوب عليه، أو أهلا للالتزام والإلزام، أو أهلا للطلب من غيره ومطالبة غيره منه، سواء أكان ذلك بنفسه أم بواسطة من له الولاية عليه، ويعرفونها

(١) راجع كشف الأسرار ج ٤ ن ١٣٥٨ وكشاف القناع ص٢ ن ١١٧.

أيضا بأنها أمر شرعي مقدر في المحل، يقبل الإلزام والالتزام، ومعنى ذلك أنها أمر مفترض وجوده شرعا في الإنسان الحي، وهذا الأمر يعتبر محلا لجميع الحقوق والالتزامات[1]، وبمثل هذا عرفها العز بن عبد السلام فقال إنها معنى مقدر في المحل، يصلح للإلزام والالتزام، وذهب شيخ الإسلام زكريا في الروض إلى أن المراد بها نفس الإنسان، وأن هذا الإطلاق والتسمية من قبيل إطلاق اسم الشيء الحال على محله، أو بعبارة أخرى من باب تسمية المحل باسم الشيء الذي حل فيه؛ لأن الذمة هي العهد، ولما كانت نفس الإنسان محلا لعهودها، أطلق عليها اسم العهد إطلاقا مجازيا أصبح فيها بعد حقيقة عرفية، فكانت الذمة هي نفس الإنسان. وهي محل لجميع حقوقه والتزاماته، وعلى هذا فليست الذمة عند شيخ الإسلام أمرا مفترضا، بل هي ذات الإنسان اعتبرت بسبب عهدها محلا لما تعهدت به، كما اعتبرت كذلك محلا لجميع مالها من الحقوق، وأرى أن هذا الشرح والتفسير لم يبتعد بالذمة عن أن يدخل في معناها الاعتبار والفرض، فإن جعل نفس الإنسان محلا لحقوقه والتزاماته اعتبار شرعي، ترتبت عليه آثار شرعية. وبناء على ذلك فجميع هذه العبارات على اختلاف مبانيها تتقارب في معانيها، وتصدر عن منشأ واحد هو أن الذمة في اللغة هي العهد والعقد، قال الله تعالى في وصف المشركين: ﴿ كَيْفَ يَكُونُ لِلْمُشْرِكِينَ عَهْدٌ عِندَ ٱللَّهِ وَعِندَ رَسُولِهِۦٓ إِلَّا ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ۖ فَمَا ٱسْتَقَٰمُوا۟ لَكُمْ فَٱسْتَقِيمُوا۟ لَهُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٧﴾ كَيْفَ وَإِن يَظْهَرُوا۟ عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا۟ فِيكُمْ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً ۚ يُرْضُونَكُم بِأَفْوَٰهِهِمْ وَتَأْبَىٰ قُلُوبُهُمْ وَأَكْثَرُهُمْ فَٰسِقُونَ ﴿٨﴾ ﴾ [التوبة]. أي لا يراعوا فيكم قرابة ولا عهدا لأن الإل القرابة، والذمة العهد. ومن ذلك سمي من أقام بيننا من أهل الكتاب على عهد بيننا وبينهم أهل ذمة، ولما كان الإنسان مطلوبا بعهده مطالبا بالوفاء به، كان العهد أو الذمة منشأ الوجوب والالتزام، وكان بهذا المعنى محلا للطلب والإلزام، وكانت المطالبة من أكثر حالاتها - إن لم تكن في جميع الأحوال - نتيجة العهد والذمة والالتزام، ثم توسع الفقهاء في ذلك الاستعمال وفي المعنى الذي يدل عليه، حتى أصبحت الذمة محلا لكل ما للإنسان وما عليه. وهي

---

(١) راجع الحموي على الأشباه ج٢ ن ٢١٠.

- كما ظهر بما قدمناه - لا تثبت إلا للإنسان الحي، فلا تكون لحيوان ولا لجماد، فكل من يولد من بني الإنسان حيا يصير ذا ذمة أو تكون له أهلية الوجوب، أما ثبوتها لغير بني الإنسان من المنشآت كالمدارس والمساجد أو للأشخاص المعنوية - كما يعبر علماء القانون الوضعي - فليس من موضوع بحثنا، إذ أننا نبحث فيما يكون للموت من آثار في الحقوق والالتزامات، والأشخاص المعنويون ليسوا محلا للحياة والموت.

هذا ولعلماء المالكية اصطلاح آخر في الذمة، فإنهم يعرفونها بأنها قبول الإنسان شرعا للزوم الحقوق والتزامها. وعلى هذا فليس للصبي عندهم ذمة؛ لأنه لا يستطيع الالتزام ولا يقبل منه، وإذا صدر منه لا يطالب به بعد البلوغ، ويكون العبد عندهم ذا ذمة لأنه يطالب بما التزم به بعد أن يعتق، وإنما لا يطالب به في الحال محافظة على حقوق سيده[1]، والذمة بهذا المعنى قريبة من أهلية الأداء التي تعتمد التمييز والرشد وصلاحية العبارة في اصطلاح الحنفية.

تأثير الموت في الذمة:

٣- تبين مما تقدم، ما بين الذمة والموت من المنافاة، وكان مقتضى هذه المنافاة، أن الإنسان إذا توفى بطلت ذمته وتلاشت، وإلى هذا ذهب بعض الحنابلة[2] ولكن الحنفية ذهبوا إلى أن الموت لا يبطلها ولكن يضعفها. فهي بعد الوفاة عندهم تعتبر موجودة ولكنها خربة أو ضعيفة، وهي مع ضعفها لا تستبقي أهلية الإلزام والالتزام في الجملة، لأنها لا تقوى على ذلك لضعفها بالموت. ولكنها مع هذا الضعف تقبل التقوية، فتقوى بما يتركه المتوفى من أموال أو كفيل كما سيأتي بيانه، وقد دعا الحنفية إلى هذا الاعتبار كله، رغبتهم في المحافظة على عموم القواعد ورد جميع الجزئيات إلى أصول عامة واحدة، فإنهم حين رأوا بعض الأحكام التي تعتمد وجود الذمة وبقاء الحياة، تثبت لبعض الأشخاص بعد وفاتهم اضطروا إلى وضع هذا التصوير، فقد رأوا في بعض الحالات أن المتوفى قد يطالب بعد موته بما لم يكن مطالبا به حال

(١) راجع الفروق للقرافي جـ٢ رقم ٢٢٦.
(٢) راجع المغني جـ٤ رقم ٤٨٥.

حياته، ويدخل في ملكه بعد وفاته ما لم يكن يملكه حال حياته، فدعاهم ذلك إلى اعتبار أن الذمة في هذه الأحوال باقية، وأن الموت لم يبطلها ولكنه أضعفها لما بينهما من المنافاة، وبذلك أمكنهم أن يعللوا ثبوت الملك بعد الوفاة لمن نشر شبكة الصيد في حال حياته، فتعلق بها الصيد بعد وفاته، فإن الصيد في هذه الحال وأمثالها يعتبر ملكا له وجزءا من تركته، يأخذ حكمها ويقسم قسمتها، كما أمكنهم تعليل لحوق الدين بالمتوفى بعد وفاته إذا ما حفر حال حياته بالطريق العام حفرة، فتردى فيها بعد الوفاة حيوان مملوك لغيره فهلك، فإنه يضمن في مثل هذه الحال قيمته، وتؤخذ من تركته، ففي هاتين الصورتين تملك المتوفى وضمن، وذلك لا يكون إلا ببقاء ذمته وأهليته، وما قيل في ذلك من أن الملك والضمان يستندان إلى حال الحياة، وهو وقت مباشرة السبب، لا يمنع أن ثبوت كل منهما ابتداء كان في حال الوفاة، وسترى فيما يأتي انبناء كثير من الأحكام على اعتبار أن الذمة موجودة، كما ترى عند الكلام على تأثير الموت فيما يطالب به الميت من الحقوق، نتائج اعتبارها ضعيفة بسبب الموت، وآثار تقويها بما يتركه صاحبها من مال أو كفيل بما كانت تتحمله من ديون.

هذا وينبغي ملاحظة أن هذا الاعتبار إنما هو اعتبار دعت إليه الحاجة والضرورة كما قدمت، وعلى ذلك يجب أن يتقدر بقدرها، وأن يتوقت بوقتها، فإذا ما انتهت انتهى؛ ولذا يحكم ببطلان ذمة الميت بطلانا تاما إذا سويت جميع أموره، فووري التراب ووفيت ديونه ونفذت وصاياه وقسم جميع ما بقى له من أمواله بين ورثته.

الملك والإباحة والفرق بينهما:

٤ - قد علمت أن الذمة تشمل ما للإنسان وما عليه، ونريد الآن أن نبين أن ما للإنسان قد يكون من قبيل الملك، وقد يكون من قبيل الإباحة والانتفاع، وإن ما عليه قد يكون نتيجة لتكليف وإلزام من الغير، وقد يكون نتيجة لالتزامه شخصيًّا.

والتمييز بين الملك والإباحة إنما يكون بتعرف معنى كل منهما والتفرقة بين آثارهما، فالملك يكون نتيجة لحيازة تفضي إلى الانتفاع بالشيء المحوز على سبيل الاختصاص، وإلى القدرة على التصرف فيه ما لم يمنع من ذلك مانع، والحيازة قد

تكون حقيقية كما في حيازة الأعيان المالية من النقود والكتب والأراضي والأبنية، وقد تكون حكمية كما في حيازة الأشياء المملوكة التي ليست بمادة كالديون في ذمم المدينين ومنافع الأعيان المؤجرة أو الأعيان الموقوفة أو الأعيان الموصى بمنافعها، وكحقوق الارتفاق وغيرها مثل حق الشرب وحق الولاية وغيرها فإن حيازة مثل أولئك ليست من الأمور المشاهدة أو المحسة وإنما يحكم بثبوتها شرعا عند تحقق أسبابها فتنتج آثارها.

والحيازة بنوعيها هي الملك، وإن شئت قلت ثمرتها الملك، لأنها في الحالين تفضي إلى جواز الانتفاع بالشيء المحوز على سبيل الاختصاص فلا ينتفع به غير مالكه إلا عن طريقه، وإذا انتفع به مالكه انتفع كما يشاء، وتصرف فيه كيف يريد، لا يتقيد في ذلك إلا بما حددته الشريعة بمبادئه العامة، كأن يجب على المالك ألا يضر غيره بلا مبرر، وذلك له ما لم يمنعه منه مانع من الموانع التي تؤثر في أهليته، كالصغر والجنون ونحوهما. وإذا انتفع به غير مالكه ففي الحدود التي حددها له الملك، لا يصح له أن يتجاوزها.

وأما الإباحة فليست من الحيازة في شيء، وإنما هي حق يثبت للشخص إذا أذن بالانتفاع، سواء أكان هذا الإذن نتيجة لوجوده في مجتمع له حق الانتفاع بمرفق عام، كما في إباحة الانتفاع بالطرق العامة وما أشبهها، أم كان صادرا من شخص له ولاية إصداره، كما إذا أذنه مالك العين بأن ينتفع بها انتفاعا شخصيًّا، وهذا الإذن تارة يكون خاصا بالشخص المأذون وتارة يكون عاما فلا يخصه بل يعمه وغيره، فالأول كأن يأذن مالك الدار ضيفا معينا بالمبيت في داره، والثاني كأن يأذن مالك الطريق الخاص كل من رغب بالمرور فيه، وقد يكون موجها إلى شخص معلوم للإذن كما في دعوة الصديق صديقا معينا له إلى تناول طعامه، وقد يكون موجها إلى مجهول له لا يعرفه إلا بوصفه كالإذن الصادر من باني الرباط لأبناء السبيل بأن ينتفعوا به، فإنهم غير معروفين لباني الرباط، ولم يعينهم إلا بوصف أنهم أبناء السبيل، وقد يكون صادرا بمقدار معين من المنفعة كالإذن الصادر للضيف بالمبيت ليالي معدودة، وقد

يترك ذلك إلى حاجة المأذون ورغبته كما في الإذن بتناول الطعام في الولائم، إذ ترك فيه للمأذون أن يطعم بقدر حاجته ورغبته.

وهذه الإباحة تستمر ما بقي منشؤها، وتنتهي بانتهائه، وأنت عليم بأن الإذن المنشئ لها، لا يجب على من أصدره أن يمضي فيه، ولا يلزمه أن يبقى عليه، بل يجوز له أن يرجع فيه إذا شاء، ولا يتقيد بما حده من حدود، إلا إذا كان في الرجوع عنه نكث لوعد صدر منه، أو إبطال لالتزام ألزم نفسه به، فإنه في مثل هذه الحال يتقيد بوعده، ويلزم بالتزامه، عند بعض العلماء كابن شبرمه، وبعض المالكية، وسيأتي بيان هذا عند الكلام على تأثير الموت في الالتزام، وبناء على ذلك فإذا رجع الإذن عن إذنه، انتهت الإباحة برجوعه.

ذلك هو معنى الإباحة، ومنه يتبين أن من أبيح له الانتفاع بشيء، لم يملكه ولم يملك منفعته، وأنه لا يوجد في جميع الأحوال السالفة الذكر إلا الإذن الذي ترتب عليه وجود الإباحة، وهي لا تجعل للمباح له إلا أن ينتفع بنفسه على الوجه المأذون به، دون أن يكون له حق التصرف في المنفعة، فلا يملك أن يجعل الانتفاع لغيره بدلا عنه، كأن يؤجر العين التي أذن بالانتفاع بها، أو يعيرها، أو يأذن لغيره أن ينتفع بها بدلا منه، فالمدعو إلى وليمة ليس له أن ينيب غيره فيها، كما لا يجوز له أن يذهب إليها لينقل بعض أطعمتها إلى منزله، أو أن يبيع ما يناله منها لغيره، وهكذا حال كل شخص فيما أبيح له من انتفاع، لا يستثنى من ذلك إلا ما قد جرت به العادة وسار به العرف من جواز إنزال الضيف في الربط وبيوت المدارس، بإذن من المنتفعين بها لمدة يسيرة، لأن ذلك أصبح مأذونا فيه للمنتفعين بحكم العرف، تطبيقا لقاعدة «المعروف عرفا كالمشروط شرطا».

وهذا النوع من الانتفاع هو ما يسميه علماء المالكية بحق الانتفاع، ويريدون به ما قصد به المعطى خصوص من قام به الوصف الذي جعل مناطا للإعطاء، كما في الوقف على طلبة العلم والمدرسين وأرباب الوظائف، أو قصد به ذات من أعطاه، كمن وقف على إنسان معين وشرط عليه أن ينتفع بنفسه، ويفرقون بينه وبين

ملك المنفعة فيقولون إن حق الانتفاع من قبيل الإباحة، وأما ملك المنفعة فمن قبيل التمليك الحقيقي، وحكمه حكم تملك الأعيان، فإذا جعل الواقف للموقوف عليه حق السكنى بنفسه في العين الموقوفة فقط كان هذا من قبيل الإباحة، وكان للموقوف عليه حق الانتفاع، وإذا جعل له أن ينتفع بالعين كما يشاء، فقد ملكه منفعة العين، وكان له بذلك حق التصرف فيها، وسيمر علينا فيما يأتي خلاف العلماء في بعض مسائل ذهب فيها بعضهم إلا أنها من قبيل تملك المنفعة، وذهب آخرون إلى أنها من قبيل الإباحة وذلك كالعارية.

ولا ينبغي بعد هذا البيان أن نغفل ما ينتهي إليه أمر الإباحة من تمليك، المباح له قبل الانتفاع، مأذون فقط غير مالك للمنفعة، وليس له إلا حق الانتفاع، ولكنه بانتفاعه واستيفائه ما أذن له فيه يتملك ما استوفاه، فالضيف يتملك الطعام بتناوله في فيه، ومن نثرت عليهم قطع النقود في الأفراح والاحتفالات، حسبما جرت به العادة، يملكونها بالتقاطها، حتى لا يجوز لناثرها أن يستردها منهم وهكذا. وهذا فيما أرى أرجح الآراء خلافا لمن زعم أن المباح له إنما يستهلك ما أبيح له ويستوفيه على حكم ملك صاحبه وإنما لا يضمن قيمته باستهلاكه، لسبق الإذن بذلك منه.

بقاء الذمة بعد الوفاة بالنسبة لبعض الأحكام:

٥- ولأن الموت يتنافى مع الذمة وأهلية الوجوب كما ذكرنا، قال الفقهاء إن الإنسان ينتقل بوفاته إلى حالة لا يكون معها أهلا لأن يبقى مالكا لما كان له، ولا لأن يتملك شيئا جديدًا، ولا أهلا لأن يلتزم أو يطالب بما التزم به في حياته، وليس معنى ذلك بطلان تعهداته وزوال آثارها مرة واحدة، بل المراد به أنه لا يطالب لزوال أهليته، ولا يطالب به وارثه شخصيًّا لأنه لم يلتزم، ولكن تعتبر تركته محلا للمطالبة بما التزم به في حياته، ما دام التزامه صالحا لذلك ولم يكن مما يبطله الموت بطلانا تاما. وقد استثنى الحنفية من عدم أهلية المتوفى للملك والتملك حالتين دعت إلى استثنائهما الضرورة والمصلحة، كما استثنوا لذلك أيضا من عدم أهليته للالتزام حالة أخرى فصار المستثنى ثلاث حالات:

الأولى: أنه يبقى من تركته على حكم ملكه بعد وفاته شيئان، أحدهما ما تعلق به حق غيره من الأعيان حتى يستوفى هذا الحق، كالمال المرهون لدى مرتهنه، والمبيع الذي لم يدفع ثمنه ولا يزال في يد بائعه، والعين المستأجرة في يد المستأجر ولم تنقض مدة إجارتها التي عجلت أجرتها. فهذه الأعيان تعتبر بعد وفاة مالكها على حكم ملكه حتى يستوفي المرتهن دينه، والبائع ثمن بيعه، وحتى يسترد المستأجر ما يخص المدة الباقية على انتهاء إجارته من الأجرة التي عجلها. ثانيهما ما بقي بنفقات دفنه وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه النافذة. وسنوفي هذا الموضوع حقه من البيان عند الكلام على مدى تعلق الحقوق بالتركة.

الثانية: أنه يعتبر مالكا لما باشر سبب تملكه، إذا كان هذا السبب قد تم بفعله في حال حياته، كالصيد تمسكه آلة الصيد التي أقامها المتوفى في حال حياته لهذا الغرض، فإن المتوفى يعتبر مالكا بالحيازة التي وجدت بإمساك آلة الصيد له، إذ يعتبر حائزا له بسبب فعله الذي أتمه في حال حياته، وهو نشر آلة الصيد لهذا الغرض، ولا يمكن أن يعتبر مملوكا لوارثه ابتداء؛ لأن الوارث لم يكن منه فعل يحوزه به، وإنما كانت ملكيته أثرا لفعل صدر من غيره، فوجب أن يسند تملكه إلى صاحب الفعل وهو المتوفى لما بيّنا، وإن كان في هذه الحال غير أهل للملك، وسوغ هذا، اعتبار أن الملكية قد ثبتت له مسندة إلى وقت تهيئته آلة الصيد، وكان في هذا الوقت أهلا للتملك.

الثالثة: وهي المسألة المستثناة من عدم أهلية المتوفى لأن يلتزم، ما قدمناه من إلزامه بضمان ما تلف من مال غيره بسبب ترديه في حفرة حفرها المتوفى قبل وفاته في ملك غيره أو في الطريق العام، إذا كان سقوطه في هذه الحفرة بعد الوفاة. إذ في هذه الحال يرجع في تركته بقيمة هذا التالف لتسببه في هلاكه بحفر الحفرة قبل الوفاة، والرجوع في التركة أثر لالتزامه في حالة ليس فيها أهلا للالتزام، ولكن سوغ هذا، أنه قد عد ملتزما بسبب ما باشره من السبب في حالة يصح فيها أن يلتزم، وفي غير هذه الأحوال الثلاث لا يكون المتوفى مالكا ولا صالحا لأن يتملك ولا لأن يلتزم، وإذن فما مصير ما كان له؟ وما مصير ما التزم به؟

وسنبدأ ببيان مصير الأول ثم نثني ببيان مصير الثاني.

تأثير الموت في الإباحة:

٦- ما كان للمتوفى من أعيان ومنافع وحقوق يتنوع نوعين، أحدهما ما كان استحقاقه له من طريق الإباحة، والثاني ما كان استحقاقه له من طريق التملك، فأما ما استحقه من طريق الإباحة، فقد تبين لك مما مضى أن استحقاقه إنما كان ثمرة لإذن تعلق بشخصه، وأن استحقاقه بناء على ذلك منوط ببقاء هذا الإذن، وأن هذا الإذن لا يتقيد به من أصدره ولا يلزمه المضي فيه عند جمهور العلماء، فإذا توفي من أصدره بطل إذنه بموته، إذ لا يمكن أن ينسب إلى ميت إذن حال موته، فتنتهي آثاره ببطلانه، وبناء عليه فإذا توفي المبيح انتهت الإباحة، وكذلك الحال إذا توفي المأذون، فإن استحقاقه يبطل بموته إذا ظل الإذن قائما إلى وقت الوفاة، ذلك لأن حق الانتفاع في هذه الحال رخصة شخصية ترتبط بشخص المباح له، فإذا توفي انمحت شخصيته وزالت بجميع خصوصياتها فبطل الإذن الصادر له، ولا تنتقل الإباحة حينئذ إلى وارثه لأن إذن المبيح لم يشمله، ولم يتعلق به، وبوفاة مورثه بطل، فلا يبقى شيء ينتقل إليه، وليس في هذا اختلاف بين العلماء، وإنما الخلاف بينهم فيما يعد مباحا فلا يورث، وما يعد مملوكا فيصح أن يقبل الانتقال إلى الوارث بالإرث، وسيأتي بيان ذلك في موضعه. والنتيجة أن الإباحة تنتهي دائما بالوفاة وأما ما استحقه من طريق الملك، فهو إما عين من الأعيان، وإما حق من الحقوق، وإما منفعة من منافع الأعيان.

مصير الأعيان أو الأموال بعد الوفاة:

الأصل عند جمهور الفقهاء أن كل ما كان مملوكا للمورث حين يجيئه الموت، ينتقل بالموت إلى ورثته، لقوله ﷺ: «من ترك حقا أو مالا فلورثته»[1]، ولأن هذا ما تقضي به مصلحة المتوفى والنظر له، فهو إنما قد جمع ماله وحازه حال حياته لينتفع به، وانتفاع أقرب الناس إليه به كانتفاعه نفسه به، ألا ترى أن الإنسان إذا ما أراد أن ينتفع بماله بطريق صلة غيره، بدأ بصلة ذوي قرابته؛ لذلك رأى الشارع أن يصرف

(١) راجع المغني ج٤ رقم ٤٨٦.

ماله إليهم بعد وفاته تمشيًا مع رغبته، وتحقيقا لانتفاعه بماله على الوجه الممكن. وهذا الأصل عام يشمل جميع الأموال والمنافع والحقوق، سواء منها ما كان ملازما للأعيان ينتقل معها إذا انتقلت إلى يد أخرى كحقوق الارتفاق، وما كان منها تابعا لإرادة من هي له ومشيئته كحق الشفعة عند مالك، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا ما كان من الحقوق متعلقا بشخص صاحبه، فإن هذا النوع من الحقوق ينتهي بموته؛ لأنه إنما يثبت له لمعنى قام بنفسه فلا ينتقل بوفاته إلى غيره كحق الرجوع في الهبة.

وقد خالف في هذا الأصل العام أبو حنيفة وأصحابه وبعض العلماء وبعض أهل الظاهر، فذهبوا إلى أنه لا يورث عن المتوفى إلا ما كان مالا أو في حكم المال من الحقوق المالية كالديون وحق التعلي وحق الشرب، وذلك لقوله ﷺ: «من ترك مالا فلورثته»، اقتصر على المال فوجب الوقوف عنده والاقتصار عليه، فالزيادة عليه زيادة في الدين، وكل زيادة في الدين مردودة، وأما ما روي من إضافة كلمة حق إلى الحديث فمردود لأن الصحيح أنها زيادة من الراوي له فلا تصلح دليلا.

وبناء على ذلك فجميع ما يتركه المتوفى من الأعيان المالية سواء أكانت عقارا أو منقولا، ينتقل بوفاته إلى ورثته بعد وفاء جميع ما يتعلق بها من الحقوق على ما سيأتي بيانه، لم يخالف في ذلك أحد، وعليه اقتصر ابن حزم في كتابه المحلى فقال: «إنما أوجب الله تعالى الميراث في الأموال لا فيما ليس بمال»، ورأيه هذا لا يصلح عليه الناس اليوم. ولا يصح أن يكون أساسا للتعامل في هذا الزمن، وإذن فلا نضيع الوقت في بحثه وذكر أدلته، وهي في جملتها غير منتجة لما ذهب إليه.

مصير الحقوق بعد الوفاة:

أما ما كان للمتوفى من حقوق فإن الحكم في مصيره يختلف تبعا لاختلاف نوعه، لأن الحق إما أن يكون حقًا شخصيًا أو شبيها بالحق الشخصي وفي معناه، وإما أن يكون حقا ماليًا أو في معنى الحق المالي وذلك لتغلب ناحيته المالية على ناحيته الشخصية، فإن كان الحق شخصيًا كحق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال، وحق ولاء العتاقة وحق ولاء الموالاة وحق أرباب الوظائف في

وظائفهم وحق الزوج في التمتع بزوجته وحق المطالبة بحد القذف، فإن كل أولئك ينتهي بوفاة صاحبه، ولا ينتقل إلى وارثه بالوراثة، ولا نعلم لأحد خلافا في ذلك على الجملة. وكذلك الحكم إذا كان الحق في معنى الشخصي كحق الانتفاع، وحق المدين في الأجل الذي أجل إليه أداؤه للدين، وحق المالك في إجازة تصرف الفضولي، وحق الواهب في أن يرجع في هبته، ذلك لأن الحق في هذه الحال لم يثبت لصاحبه إلا لخصوصية ومعنى فيه فاختص به لذلك، لأن المصلحة تتطلب هذا الاختصاص، وذلك يستتبع انتهاءه وزواله بموت صاحبه.

حق الحضانة والولاية على النفس والمال:

فحقوق الحضانة[1] والولاية على النفس[2] والولاية على المال[3] تثبت لكثير في وقت واحد، لأن المعاني والأوصاف التي تقتضي إثبات هذه الحقوق لهم قد توافرت فيهم، ولكنهم لتفاوتهم فيها قوة وضعفا تفاوتوا تبعا لذلك في الأولوية، فكان أولاهم بهذه الحقوق أقواهم في هذه الأوصاف، ثم من يليه في القوة، وهكذا، فالأم كانت أولى الحاضنات لأنها أوفر شفقة، وأعظم رحمة وأقرب حنوا وعطفا، ثم يليها في حق الحضانة الجدة «أم الأم» لأنها تأتي بعدها في توافر هذه الصفات وقوتها، دون نظر إلى أنها من ورثة الأم، وكذلك الحال في تقدم الأب على الجد بالنسبة لحق الولاية على النفس أو على المال.

---

(١) حق الحضانة هو حق تربية الطفل والقيام على شئونه في سن معينة، وقد جعله الشارع في أهله فجعله ابتداء للأم ثم لأم الأم وهكذا ثم لأم الأب إلى آخر ما ذكر في ذلك من الترتيب.

(٢) الولاية على النفس - سلطان فرضه الشارع على عديمي الأهلية وضعيفها فيما يختص بأنفسهم من تربيتهم بعد انتهاء سن الحضانة وتزويجهم وتأجيرهم لبعض أعمال لمصلحة لهم وقد جعلها الشارع أولا للعصبات على حسب ترتيبهم في قوة العصوبة وهو ترتيب الميراث.

(٣) الولاية على المال - نفاذ القول في مال عديمي الأهلية وضعيفها وقد جعل الشارع هذا الحق أولا للأب ثم لوصيه ثم للجد ثم لوصيه ثم للقاضي ووصيه الذي يعينه وقد حل محل القاضي المجلس الحسبي الآن.

ولاء العتاقة[1]:

وولاء العتاقة إنما يثبت للمعتق جزاء إنعامه على عبده بالحرية فاستحق لذلك أن يرثه إذا لم يترك صاحب فرض ولا عصبة من ذوي قرابته. وإنعامه على عبده بالحرية أمر يخصه، ورابطة تربطه به كرابطة النسب والعصوبة، وهذا ما يدل عليه قوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب» أي صلة وقرابة كقرابة النسب تصل المعتق بمعتقه «سيده» وأقاربه فينسب إلى معتقه بالولاء، وتبعا لذلك بنسب إلى ذوي قرابته، كما ينسب الولد ابتداء إلى أبيه ثم إلى أقرباء أبيه تبعا له؛ ولذا يرثه سيده الذي أعتقه لانتسابه إليه، فإذا توفي السيد، ثم مات بعد ذلك العتيق ورثه عصبة سيده لانتسابه إليهم تبعا؛ لأن الانتساب إنما هو إلى العصبات لا إلى غيرهم كما في النسب، وهذا هو رأي الجمهور وذهب القاضي شريح إلى أن ولاء العتاقة حق تغلب فيه ناحيته المالية، فكان من الحقوق التي هي في حكم الحقوق المالية. ولذلك يورث كما تورث، ولا يختص به عصبة المعتق، أما أن ناحيته المالية غالبة وواضحة فمرجع ذلك أنه طريق إلى المال، فمآله مال مملوك فكان في حكم المال لذلك. ومن ملك شيئا في حياته كان لورثته بعد وفاته، وعلى رأيه يقسم ما يتركه العتيق بين ورثة سيده كما تقسم تركته، وقد رد هذا الرأي بأن الولاء لحمة ورابطة وصلة كصلة النسب بنص الحديث، والنسب لا يورث وإنما يورث به، فكذلك الولاء لا يورث وإنما يورث به، وقد تقدم أنه لا يكون لغير العصبة في معنى النسب[2].

ولاء الموالاة:

وولاء الموالاة نتيجة عقد وارتباط يتم بين طرفين، وصورته أن يقول شخص لآخر أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت، فيقبل ذلك منه الآخر. فإذا

---

(١) ولاء العتاقة - صلة جعلها الشارع ثمرة لنعمة المن بالحرية على الرقيق فإذا منَّ سيد بالحرية على عبده أو أمته فأعتقه كان له جزاء هذه المنة الولاء فيصبح من عصبته الوارثين ولكن منزلته بعد منزلة العصبة الأقارب، وتثبت هذه الصلة بالتبعية لعصبة المعتق من أولاده وأقاربه فيكونون في المنزلة بعد العتق وهكذا.

(٢) راجع المغني والشرح الكبير ج ٧ ن ٢٤١.

توافرت شروط هذا العقد ثبت الولاء للقابل وأصبح بسببه وارثا للموجب إذا لم يكن له وارث غير زوجه كما يلزم بضمان جنايته إذا جني، ويسمى مولى أعلى والآخر مولى أسفل، وهذا الحق وهو الولاء خاص بالأعلى فلا ينتقل إلى وارثه بموته، لأنه نتيجة التزامه ألا ترى أنه يترتب عليه غرم الضمان إذا جنى المولى الأسفل، وليس من المعقول أن يلزم إنسان بما التزم به مورثه دون أن يكون قد التزم به من قبل، وولاء الموالاة يعتبر صلة ورابطة بين طرفي عقد الموالاة، كصلة القرابة، شأنه في ذلك شأن ولاء العتاقة، ولاعتباره كذلك، كان حكمه بالنسبة إلى ذوي قرابة المولى الأعلى كحكم ولاء العتاقة في أنه لا يورث وإنما يورث به العصبة منهم كما جاء في الكفاية على الهداية معزيا للذخيرة[1]. ولكن عبارات أكثر الكتب تدل على أنه لا يرث بهذا الولاء إلا المولى الأعلى ولا ميراث لغيره من عصبته بواسطته.

الوظائف:

وأما حقوق أرباب الوظائف في وظائفهم فإنها لا تورث، لأنه إنما يراعي في إسناد الوظائف إلى من تسند إليه كفاية شخصية قد لا توجد في ورثته فلا يمكن أن يحل وارث فيهما محل مورثه بسبب الميراث وإلا فسد النظام وعمت الفوضى.

حق التمتع بالزوجة:

وأما حق تمتع الزوج بالزوجة فالاختصاص فيه بيّن لأنه ثمرة عقد مبني على الاختصاص ولم يشرع إلا لأجله، بل قد جعل تملك المتوفى له سببا لامتناع أن يتملكه وارثه من بعده بأي سبب من الأسباب، فقد قال تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ... ﴿٢٢﴾ [النساء].

حق المطالبة بحد القذف:

وأما حق المطالبة بحد القذف[2] فهو من الحقوق الشخصية عند جمهرة الفقهاء

(١) راجع شرح السيد علي السراجية والفتارى عليه ن ١٥٦.

(٢) القذف لغة الرمي، وعند الفقهاء أن يرمى بالزنا صراحة أو دلالة مكلف حر مسلم عف عن الزنا، وقيده الشافعي بألا يكون ذلك في خلوة، كأن يقول شخص لآخر توافرت فيه هذه الشروط=

فلا يجرى فيه الإرث لذلك عندهم، خلافا لمن ذهب إلى أنه يورث كما يورث المال، وهو رأي لبعض الشافعية. أما مصيره بعد وفاة المقذوف فالرأي فيه مختلف، فذهب الحنفية إلى أنه يسقط بموت المقذوف، فيسقط الحد بوفاته وتنتهي المطالبة به فلا تكون لأحد بعده، وذلك لأن حد القذف عندهم يتعلق به حقان، حق الشخص المقذوف وحق الله تعالى، إذ القذف جناية محرمة تمس المقذوف في عرضه وشرفه ومروءته، والمجتمع في سكونه وأمنه، فشرع الحد لدرئها دفعا للمعرة عن المقذوف صيانة لحقه، وصيانة للمجتمع عن الفساد المترتب عليها، ومحافظة على صلاحه وأمنه، فكان في الحد لذلك، الحقان، إلا أن حق الله فيه غالب، تقديما للمصلحة العامة على الخاصة، ولذا لم يقبل فيه العفو من المقذوف، وإنما أعطى له حق المطالبة به، لأن الشأن فيه وقد أهين، ألا يتهاون في المطالبة به، حتى يدفع المعرة عن نفسه، فإذا توفى زال محل الجناية وزال من له حق إقامة الدعوى فيها فسقط لذلك الحد، ولم ينتقل إلى وراثة المقذوف لأن الإرث إنما يجري فيما يترك من مال أو فيما ينقلب مالا كالقصاص. وذهب أحمد في أشهر الروايتين عنده إلى أنه يسقط بموت المقذوف إذا مات قبل أن يطالب به، فإن طالب به ثم توفي لم يسقط، وثبت لعصبته حق استيفائه، وذلك لتقرر حقه بالمطالبة، فيقوم عصبته فيه مقامه، وذهب مالك والشافعي وأحمد في رواية أخرى عنه إلى أنه لا يسقط بالموت؛ لأنه إنما وجب لدفع العار عن المقذوف وزجرًا للقاذف عن هذا الإثم، والمعرة كما تلحق المقذوف تلحق أقاربه تبعا له، فأعطى حق المطالبة به للمقذوف ابتداء لأن الجرم وقع عليه ابتداء، فإذا توفي لم يسقط وكان للأقارب حق المطالبة لما مسهم من الجرم، ولكنهم اختلفوا فيمن يكون له منهم حق المطالبة بإقامته، فذهب

=المتقدمة أنت زان أو يا زان أو لست بابن فلان أو لست لأبيك في حال غضب لا في حال عتاب حتى لا يحتمل اللفظ إرادة مخالفته لأبيه في الخلق مثلا ففي المثالين الأولين رمى المخاطب بصريح الزنى وفي الآخرين رميت أمه، وقد يكون القذف دلالة كأن يقول من يسمع ما مضى من القذف «هو كما قلت أو هو كذلك» والقذف جناية وإثم حدد الشارع عقوبته في قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ (٤) إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (٥) ﴾ [النور]. ولا يحد القاذفون إلا بطلب المقذوف إن كان حيا أو بطلب أحد أصوله وإن علوا أو أحد فروعه وإن سفلوا عند الحنفية إن كان ميتا ويبطل بوفاة المقذوف بعد قذفه ولا يصح بعد القضاء به الرجوع عنه ولا العفو بخلاف ما قبل القضاء به لاعتبار ذلك تركا لطلبه والادعاء به وهو شرط في إقامته.

مالك إلى أن حق المطالبة به يثبت للولد وإن نزل، ذكرا كان أم أنثى، ويثبت مع وجود الأقارب كابن الابن مع وجود الابن وهكذا، وثبوته لهؤلاء كما يظهر من وضعه، ثبوت ابتدائي لا بطريق الوراثة عن المقذوف، إذ يثبت لكل من قام به سبب الإرث وإن كان محجوبا لدفع العار عنه، وهذه طريقة تختلف عن طريقة الإرث، وذهب الشافعي إلى أنه يثبت للورثة على حسب ترتيبهم في الميراث، ولكن يثبت لكل وارث على التمام، فله وحده حق المطالبة باستيفائه وإن لم يستقل بكل التركة، وهذه أيضا تخالف طريقة التوارث وإذن فثبوته لكل وارث ثبوت ابتدائي أيضًا ليس عن طريق الإرث، ولهذا إذا عفا أحدهم عن حقه في الحد، فلغيره من الورثة وإن قل نصيبه في التركة أن يطالب به ويستوفيه كله، وقيل إذا عفا أحدهم سقط الحد كله. وقيل إنه ثبت للورثة على قدر مواريثهم، فإذا عفا أحدهم سقط من الحد بقدر ما يخصه من السياط بطلب الباقين، وقيل إنه يثبت للورثة ما عدا الزوجين، وقيل للعصبة من الورثة فقط، وقيل للعصبة من الآباء فقط.

ومن مجموع هذه الأقوال يتبين أن ما ادعاه بعض فقهاء الحنفية من ذهاب الشافعية إلى القول بتوريثه، نقل لم يستوف حقه من الدقة في النقل أو من الدقة في التعبير، بل بني على التساهل اعتمادا على قول ضعيف لهم، ومن العجيب أنهم عنوا بالاستدلال لهم عليه فقالوا إنه يورث عندهم لأن الحد وجب للجناية على عرض المقذوف، وعرضه حق له، فأشبه القصاص الذي اعتبر حقا للمجني عليه لأنه بدل نفسه التي هي حقه وأعطى لذلك حكمه وهو توارثه؛ ولهذا جاز عندهم الاعتياض عن حد القذف بالمال، كما جاز الاعتياض عن القصاص به.

والواقع أن الناظر في كتب الشافعية يرى أنهم لا يقولون أيضا بجواز الاعتياض عن حد القذف بل يقولون إذا اعتيض عنه بالمال سقط الحد ولم يجب المال.

الحقوق الملحقة بالحقوق الشخصية:

٧- وكذلك ما كان من الحقوق في معنى الحق الشخصي لا يخرج في الحكم عما ذكرنا في الحقوق الشخصية المحضة. ذلك لأن الأساس في النوعين واحد، فقد

علمت أن الحقوق الشخصية إنما ترجع في ثبوتها وتحققها إلى معان وأوصاف يمتاز بها من تثبت لهم من الأشخاص عن غيرهم، وإن شئت قلت إنها تثبت لخصوصيات تحققت فيهم. ثم لا تجد فيها أثرًا لمعنى المال ولا تعلق لها به، ومن ثم لم يجز أن يعتاض عنها بشيء منه، وذلك واضح مما ذكرناه آنفا. أما الحقوق الملحقة بها فهي في الواقع حقوق متعلقة بالأموال، ولا يخفى ما فيها من معنى المالية، ولكنها على الرغم من ذلك لم يسلك بها سبيل الأموال وما ألحق بها من الحقوق، وإنما سلك بها سبيل الحقوق الشخصية المحضة، بناء على ما روعي في إثباتها لأصحابها من معان وأوصاف وخصوصيات امتازوا بها عن غيرهم، فثبتت لهم، وإن شئت قلت فأعطيت لهم، فحق الانتفاع مثلا لم يخلص من معنى المالية، وذلك لما يترتب عليه من ثمرات قد يعتاض عن أمثالها بالمال، ألا ترى أنه قد يتعلق بالسكنى مثلا فيترتب عليه أن يسكن من ثبت له، والسكنى قد يعتاض عنها بالمال كما في إجارة الدور للسكنى، وكذلك حق المدين في الأجل الذي أجل إليه أداء الدين لا يخفي ما فيه من معنى المالية، لما يترتب على اشتراط الأجل ابتداء من زيادة في المال المؤجل، وهكذا الحال في سائر هذه الحقوق، ولكنها مع ذلك لم تثبت لأصحابها عن طريق المعاوضة ولا لهذا المعنى، وإنما أعطيت لهم لصفات شخصية محضة كإرادة الصلة أو الترفيه عن هذا المدين أو الوثوق به أو الاعتماد على ثروته ووفائه بعهوده، وهكذا مما عساه لا يتوافر في غيره فاختص به لذلك، ومن هذه الناحية ألحقت بالحقوق الشخصية في اختصاصها بمن تثبت له وعدم انتقالها بموته إلى ورثته، وكذلك كانت لما فيها من معنى المال، محل اختلاف بين العلماء، إذ قد يراها بعضهم لذلك ملحقة بالأموال فيجري فيها التوارث وبعضهم لا يراها كذلك فلا يجري فيه التوارث كما تقدم وسيتبين لك ذلك من التفصيل الآتي فيما نذكره منها.

حق الانتفاع:

فحق الانتفاع قد يثبت استقلالا، وقد يكون ثمرة لتملك عين، أو لتملك منفعتها، أو لتملك حق ارتفاق مقرر عليها مثلا، فإن ثبت استقلالا كان عند المالكية

من قبيل الإباحة، وقد علمت تأثير الوفاة في الإباحة، وأنها تنتهي بها ولا تنتقل إلى الوارث، ومثال ذلك الحق الذي يثبت بالسبق إلى الجلوس في مكان معين من مسجد أو موضع نسك أو سوق أو نحو ذلك؛ ويدخل في ذلك أيضا بعض أحوال الوقف، فإذا جعل الواقف لشخص أو أكثر حق الانتفاع بالموقوف مدة معينة محددة، أو جعله له طيلة حياته، فذلك لا يعدو أن يكون إباحة أو تمليكا، عند المالكية، فإن كانت صيغة الوقف تدل على أن الواقف إنما أراد أن يجعل له حق أن ينتفع بنفسه فقط، كان ذلك من قبيل الإباحة، وإن كانت تدل على أن الواقف إنما أراد أن يملكه المنفعة وأن له أن ينتفع كما يشاء، كان ذلك من قبيل التمليك، وإن احتملت الأمرين حملت على أدنى المرتبتين وهي الإباحة.

ويرى الحنفية والشافعية أن الحق الثابت للموقوف عليه من قبيل التملك في جميع الأحوال، غير أنه قد يقيد بقيود خاصة وقد لا يقيد، فإذا قيد بشرط تقيد به، كألا ينتفع إلا بنفسه، وإذن فليس له أن يملك المنفعة غيره تنفيذا لذلك الشرط، وإن لم يقيد بذلك كان له أن ينتفع بنفسه وأن يعير المنفعة غيره، كأن يملك السكنى فيسكن بنفسه أو يعير الدار لغيره.

وعلى أية حال وجد حق الانتفاع فهو حق شخصي أو ملحق بالحق الشخصي، فلا يثبت لشخص إلا مدة معينة هي في أطول حالاتها لا تتجاوز مدة حياته، فإذا جاءه الموت فإنما يجيئه في وقت ينتهي فيه هذا الحق، فلا يقبل الانتقال إلى وارثه بالوفاة، وسيأتي لهذا الموضوع زيادة بيان عند التكلم على تملك المنفعة بسبب الوقف أو الوصية.

أما إذا كان هذا الحق ثمرة لتملك عين أو منفعة كما تقدم، فإنه يتبع أصله في هذه الحال، فإن انتقل أصله بالميراث انتقل معه، وإن انتهى أصله بالموت انتهى معه كما في انتهاء تملك المنافع المؤقتة بمدة الحياة.

حق المدين في تأجيل الدين:

٨- وحق المدين في الأجل الذي أجل إليه أداؤه لدينه حق متردد كما علمت بين ناحيتين، الأولى ناحيته المالية، وذلك لاتصاله بالمال، وتأثيره في مقداره بالزيادة، فقد جرت العادة واطرد العرف بزيادة ثمن السلعة المؤجل، عن ثمنها الحال، والثانية ناحيته الشخصية، فالأجل لا يعطى عادة إلا لمن كان معروفا بالأمانة موفور الثقة وفيا بعهده قادرا - فيما يظهر من حالته المالية - على الوفاء، وقد غلب الجمهور هذه الناحية الثانية على الناحية الأولى، فذهبوا إلى أن الأجل يسقط بموت المدين فلا يتمتع به وارثه وعلى هذا الرأي أبو حنيفة وأصحابه، وبه قال ابن عمر والحسن البصري وعامر الشعبي والنخعي وسوار والثوري ومالك والشافعي وداود الظاهري وهو كذلك رواية عن أحمد بن حنبل(١).

قال الربيع في الأم قال الشافعي - رحمه الله -: «وإذا مات الرجل وله على الناس ديون إلى أجل، فهي إلى أجلها لا تحل بموته. ولو كانت الديون على الميت إلى أجل فلم أعلم مخالفا حفظت عنه، ممن لقيت، في أنها حالّة يتحاص فيها الغرماء، فإن فضل فضل، كان لأهل الميراث والوصايا إن كانت له، قال ويشبه أن يكون من حجة من قال هذا القول مع تتابعهم عليه، أن يقولوا، لما كان غرماء الميت أحق بماله في حياته، كانوا أحق بماله بعد وفاته من ورثته، فلو تركنا ديونهم إلى حلولها كما ندعها في الحياة، كنا منعنا الميت أن تبرأ ذمته، ومنعنا الوارث أن يأخذ الفضل عن دين غريم أبيه، ولعل من حجتهم أن يقولوا أن رسول الله ﷺ قال: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي عنه دينه» أهـ غير أن مالكا يشترط لسقوط الأجل بالموت شرطين الأول ألا يكون موت المدين من الدائن، فإن قتل الدائن مدينه لم يحل دينه ردا لقصده السيئ وتطبيقا لقاعدة «من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه» الثاني ألا يكون المدين قد اشترط على الدائن عدم حلوله بموته، فإذا ما اشترط عليه ذلك لم يحل الدين بالموت، بل يبقى إلى أجله تنفيذا للشرط، وكذلك روي عن بعض الشافعية أن الضامن لو ضمن الدين مؤجلا فمات قبل الأجل لم يحل عليه بموته والأصح أنه يحل(٢).

(١) راجع المغني جـ٤ رقم ٤٨٥ والشرح جـ٤ ص٥٢ والمحلى.
(٢) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٨٣.

وغلب الأقلون ناحيته المالية فذهبوا إلى أنه يبقى مؤجلا إلى أجله وذلك ما يتفق ومبادئ القوانين الوضعية التي عليها العمل في المحاكم المصرية، وقد افترق هؤلاء فرقتين، فرقة اشترطت لبقائه كذلك أن يوثق برهن أو كفيل، ومن هؤلاء محمد بن سيرين وعبيد الله بن الحسن وإسحاق بن راهويه وأبو عبيد وأحمد في رواية عنه، وفرقة لم تشترط شيئا ومنهم طاوس، وأبو بكر بن محمد والزهري وسعيد بن إبراهيم وحكى ذلك أيضا عن الحسن.

استدل الجمهور على رأيهم فقالوا: إذا بقى الدين بعد وفاة المدين إلى أجله فأين يبقى به؟ أيبقى في ذمة المدين وقد خربت بالموت وضعفت أن تتحمله وتعذرت مطالبته بمقتضى ذمته؟ أو يبقى في ذمة ورثته؟ ولا سبيل إلى ذلك لأنهم لم يلتزموه ولا إلزام بدون التزام، ثم هم إلى ذلك قد يكونون غير مرضي عن ذمتهم من صاحب الدين، لأن الذمم مختلفة متباينة، وقد تكون أدنى حالا من ذمة مورثهم، أو يبقى متعلقا بالتركة بلا ذمة إلى أجله؟ وفي ذلك ضرر بالميت وضرر بصاحب الدين وضرر بالورثة، أما ما يلحق الميت من الضرر فقد بينه الرسول ﷺ بقوله: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه» وفي رواية أخرى: «الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه». وليس بعد هذا البيان بيان. وأما ما يلحق صاحب الدين من الضرر فذلك بتأخير حقه إلى أجل قد تتلف أعيان التركة قبل بلوغه، فلا يجد لدينه وفاء، وفي هذه الحال أيضا تبقى نفس الميت محبوسة بدينه لا فكاك لها، وأما ما يلحق الورثة من الضرر فبتأخير حقهم في التركة، وحبسه عنهم إلى أجله، دون منفعة لهم، وفي التعجيل بإعطائهم حقوقهم تمكينهم من استغلالها وتنميتها والتصرف فيها وفق رغباتهم، وإذن فلا مناص من أن نقول إذا توفي المدين سقط الأجل وحل الدين.

واحتج الآخرون بأن الأجل إذا وجد أصبح حقا للمدين، وقد كان حصوله عليه شرطا في التزامه، وأساسا لرضاه، كما كان لوجوده والاتفاق عليه دخل في مقدار الدين في كثير من الحالات، ألا ترى إلى الأعيان إذا بيعت بأثمان مؤجلة زيد في أثمانها عما تباع به عند التقايض والحلول؟ ولما ذكر لا يملك الدائن أن يستقل بإسقاط

الأجل، وإلى ذلك، لم يجعل الموت مبطلا للحقوق، وإنما جعل ميقاتا لخلافة الورثة وعلامة على قيامهم مقام مورثهم فيما كان له من حق أو مال، وقد قال النبي ﷺ: «من ترك حقا أو مالا فلورثته» وعلى هذا يبقى الدين بعد وفاة المدين في ذمته كما كان، ويتعلق حينئذ بعين ما يترك من أموال، كما تتعلق حقوق الغرماء بأموال المدين بعد الحجر عليه، ولا يمنع من هذا ما لحق الذمة من ضعف بسبب الموت ما دام هناك مال يمكن المطالبة بالدين فيه، كما لم يمنعها من أن تعتبر متحملة له بعد الوفاة عند الجمهور حتى يؤدى من التركة.

ولما قد يكون في الأجل من الطول، ولما قد يعمد إليه بعض الورثة، فيتصرفون في التركة بعد الوفاة تصرفا يضر بالدائنين، ولما قد يشاهد على الورثة في بعض الأحوال من أنهم أقل ملاءة وأضعف ثقة من مورثهم بل قد يكون وجودهم مدعاة لإضراب الدائن وخوفه من ضياع ماله، لهذا كله ذهب كثير من أصحاب هذا الرأي الأخير، ومنهم بعض من ذكرناهم، إلى أن بقاء الدين إلى أجله بعد وفاة المدين مشروط بأن توثقه الورثة أو غيرهم بكفيل مليء أو برهن، فإن جاءوا بكفيل وجب أن يكفل من الدين بقدر قيمة التركة إن زاد عنها، فإن لم يزد كفل الدين فقط، وذلك لأنه لا سداد للدين إلا من التركة فلا يكلف الوارث أكثر من قيمتها، وإن أتوا برهن وجب ألا تنقص قيمته عن الأقل من الدين وقيمة التركة، فإذا كانت قيمة التركة ألفا ومقدار الدين ألفين وجب ألا تقل قيمة الرهن عن ألف وإن كان مقدار الدين في هذه الحال خمسمائة وجب ألا تقل قيمة الرهن عن خمسمائة، فإن لم يوثق بشيء من ذلك حل الدين حتى لا يتضرر الدائن.

وإذا ما بقي الدين مؤجلا إلى أجله بسبب توثيقه، فإن التركة تقسم بين أرباب الديون الحالة، فيتقاسمونها بالمحاصة بمعنى أنهم يقسمونها بينهم قسمة تتناسب مع ديونهم، ولا يترك منها للمؤجل من الديون شيء إذا ما تساوت قيمتها مع مقدار الديون الحالة أو نقصت عنها. فإذا ما حل الأجل لم يكن لصاحب الدين المؤجل أن يرجع على أرباب الديون الحالة. وليس له إلا أن يطلب دينه من الكفيل، أو يرجع

به في قيمة ما لديه من رهن. وإذا ما تأخرت القسمة لأي سبب من الأسباب بين أرباب الديون الحالة فلم تقسم حتى حل أجل الديون المؤجلة شاركهم في التركة أصحاب الديون التي كانت مؤجلة بنسبة ديونهم، كما يشاركونهم أيضا فيها على هذه النسبة إذا حلت ديونهم بسبب عدم توثيقها برهن أو كفيل. هذا وينبغي أن يلاحظ أن أصحاب هذا الرأي يقولون بجواز كفالة الدين بعد وفاة المدين وإن لم يترك شيئا خلافا للحنفية.

أما بقية أصحاب الرأي الأخير وهم الذين لا يشترطون لبقاء الدين إلى أجله التوثيق، فقد اكتفوا بوجود التركة ضمانًا لصاحب الدين. ولكن ماذا يصنعون إذا ما كان في التركة ديون حالة تستغرقها جميعًا وأخرى مؤجلة؟ فإن قسموا التركة بين أصحاب الديون الحالة ضاعت الديون المؤجلة وضاع الضمان، وأن أجلوا قسمتها إلى أن يحل أجل الديون المؤجلة فقد ألزموا أصحاب الديون الحالة الضرر بتأجيلها إلى أجل لم يلتزموه ولم يرضوه. وكانوا بهذا التأجيل أكثر إجحافا وأعظم شططا. وإن تركوا للديون المؤجلة حظها من التركة بقدر ما يخصها في المحاصة وهذا هو الأقرب. فماذا يرون في هذا الحظ؟ أيدفعونه في الحال إلى أرباب الديون المؤجلة؟ وهذا هو معنى القول بحلولها، وإذن فلا خوف في الرأي، أم يستبقونه تركة؟ وإذن فلمن تكون ثمراته وفوائده؟ أتعتبر تركة فتقضي منها بقية الديون؟ أم تعتبر ملكا للورثة؟ فتكون لهم خالصة ليس للدائنين فيها حق. ذلك ما لم يتبين لنا مما نقل من مذهبهم[1]؛ ولنا في ذلك الموضع بقية بيان عند الكلام على مدى تعلق الحقوق بالتركة، ولمن تكون ثمراتها؟

(١) المعروف أن العلماء قد اختلفوا في زوائد التركة المدينة، إذا ما حدثت بعد الوفاة، وقبل سداد الدين، فمن ذهب منهم إلى أن التركة تبقى على مالك الوارث إلى أن يسدد الدين، يرى أن هذه الزوائد تكون جزءًا من التركة وملكا للمتوفى، وعلى هذا الرأي تكون هذه الثمرات التي هي محل السؤال محلا لسداد ما يبقى من الديون كلها فتقسم بينها قسمة تناسبية كما قسمت التركة وعلى هذا ينتفع بالتأخير الدائنون والورثة إن بقى منها شيء بعد السداد، ومن ذهب إلى أن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الموت تكون هذه الثمرات ملكا خالصا للورثة وعلى هذا لا ينتفع بالتأخير إلا الورثة.

هذا وقد نقل عن القاضي[1] من الحنابلة أن ديون الميت تنتقل كما هي إلى ذمم ورثته عند وفاته بقدر ما يترك من مال. ويرد هذا أنه لا إلزام بغير التزام. وأنها لو انتقلت بالوفاة لم يتوقف انتقالها على وجود مال يتركه المتوفى بل تنتقل ولو لم يكن له مال ولا قائل بهذا.

وسيأتي بيان كيفية إبقاء الديون من التركة بعد الوفاة.

إجازة تصرف الفضولي[2]:

٩- إذا تصرف الفضولي فيما لا يملكه من الأموال، بيعا أو شراء أو هبة أو إجارة أو غيرها كان لمالك هذه الأموال الحق في إجازة هذه التصرفات. فتصبح بها نافذة. وهذا الحق يثبت له بشروط ثلاثة:

١- أن يكون محل العقد باقيا لم يهلك فإذا هلك بطل العقد فلا تلحقه إجازة.

٢- أن تستمر أهلية الفضولي لهذا التصرف إلى وقت الإجازة إذا كان هذا التصرف الذي باشره مما ينقلب فيه الفضولي بالإجازة وكيلا كالبيع والشراء، إما إذا كان مما يعتبر فيه كل من الوكيل، والفضولي بعد الإجازة، سفيرا ومعبرا عن صاحب الشأن ولا ترجع فيه حقوق عقده إلى من باشره، بل إلى الأصيل كالزواج فلا يشترط في صحة الإجازة حينئذ هذا الشرط. بل تصح الإجازة وإن مات الفضولي.

٣- أن تستمر أهلية من تعاقد معه الفضولي إلى وقت الإجازة فإذا توفي بطل العقد.

وحق المالك في هذه الإجازة يرجع في ثبوته ووجوده عند الحنفية إلى أصلين:

الأول: أنهم يرون تصرف الفضولي فيما لا يملك بالبيع والهبة وغيرهما تصرفا صحيحا، ولكنه موقوف النفاذ على إجازة المالك وإنفاذه، فإن أجازه نفذ وإن رفضه بطل، وإنما كان صحيحا عندهم لأنهم ينيطون صحة العقود بأمرين، أولهما أهلية

(١) هو أبو يعلى الحنبلي.

(٢) الفضولي هو من يباشر تصرفا من التصرفات الشرعية بدون أن يكون له ولاية مباشرة شرعا كمن يبيع ملك غيره بلا ولاية أو وكالة.

عاقديها، ويكفي في تحقق هذه الأهلية على العموم عندهم، ثبوت التمييز، وقد يشترطون معه البلوغ بالنسبة لبعض التصرفات الضارة كالطلاق، وثانيهما حصول هذه العقود في محل قابل لحكمها شرعا، بمعنى أن يكون المال المعقود عليه من حيث هو قابلا لأثر تلك العقود وحكمها شرعا، وذلك جميعه متوافر في عقود الفضولي التي يباشرها في ملك غيره، فإنه إذا باعه باعه وهو عاقل مميز، ومحل البيع وهو المال قابل في ذاته لحكم هذا العقد، وآية قبوله هذا الحكم حينئذ، ظهوره فيه إذا ما باعه الفضولي بعد حصوله على إذن من مالكه، إذ ليس من طبيعة الإذن تحويل حقيقة الأشياء حتى تصبح - وقد كانت غير قابلة لأثر من الآثار - قابلة له بعد الإذن، فقبولها للحكم عند تصرف الوكيل، آية قبولها أيضا لهذا الحكم عند تصرف الفضولي، وإنما وقف نفاذ الحكم على الإجازة عند ذلك محافظة على حقوق المالك، وتحقيقا لرضاه، امتثالا لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ... ﴿٢٩﴾ ﴾ [النساء] حتى لا يخرج عن ملكه ما لا يرضى بخروجه، وحتى لا يدخل في ملكه ما يأبى دخوله.

الأصل الثاني: أنهم يجعلون للإجازة اللاحقة للتصرف، حكم الوكالة السابقة عليه، حتى قالوا الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وعلى ذلك فالفضولي بإجازة تصرفه يصبح وكيلا فيه كأنه قد باشره بتوكيل سابق، فيترتب على تصرفه حينئذ جميع الآثار والأحكام التي تترتب على تصرف الوكلاء. فإذا كان التصرف الذي قد باشره عقد بيع مثلا، فإن حكمه يظهر في محله مستندًا إلى وقت حدوثه، فيمتلك المشتري المبيع، ويتملك البائع الثمن، كل ذلك من الوقت الذي باشر فيه الفضولي عقد البيع، وإذا حدث للمبيع زوائد كأن يكون حيوانًا فيلد أو بستانا فيثمر، وكان حدوث ذلك بعد حصول البيع وقبل الإجازة، فإن المشتري يملك كل ذلك تبعا لتمكله أصله، لأنه من ثمرات ملكه وترجع حقوق هذا العقد إلى الفضولي كما ترجع إلى الوكيل فهو الذي يطالب المشتري بالثمن، وهو الذي يطالب بتسليم العين المبيعة وهكذا. وكان من نتيجة ذلك أن اعتبر الفضولي ذا ولاية من الساعة التي باشر فيها تصرفه. وأن هذه الولاية مستمدة من صاحب الشأن في هذا التصرف، وهو الذي يحق له ابتداء

أن يباشره من مالك أو ولي على المالك أو وصي عليه أو ناظر على الوقف وهكذا، وإذن تكون النتيجة الطبيعية أن الإجازة اللاحقة لا تقبل ولا تصح إلا ممن كان ذا شأن وولاية وقت حدوث تصرف الفضولي حتى يكون لذلك أثره في صحة الأحكام مستندة إلى وقت التصرف، ومن ذلك يتبين أن الفضولي إذا تصرف في أموال غيره ثم توفي بعد ذلك مالكها، لم يكن لوارثه أن يجيز هذا التصرف، لأنه لم يكن ذا شأن وقت أن تصرف الفضولي، وإنما كان الشأن لمورثه، فلا يصح حينئذ اعتبار الفضولي ذا ولاية في تصرفه عند حدوثه إذا ما أجازه الوارث بعد وفاة المالك لأنه لو اعتبر كذلك لكان بسبب وكالته عن الوارث، وليس للوارث في هذه الحال حينئذ من الشأن إلا ما للفضولي نفسه. وإذن فلا يستطيع أن يمده بولاية ليست له، ولا يملك أن يملكه ما لا يملك. ولما ذكر لا ينتقل حق إجازة تصرف الفضولي إلى وارث المالك بوفاته. بل يبطل العقد بموت ذي الشأن، على الرغم من ظهور أن هذا الحق أثر من آثار الملك ونتيجة لثبوته، وإنه كان من المعقول أن ينتقل إلى الوارث تبعا لانتقال الملك إليه، فيصير أمر إجازة العقد وإنفاذه إليه بعد وفاة مورثه، إن شاء رضي به فأجازه وأنفذه، وإن شاء رفضه فأبطله واستبقى لنفسه المال الذي ورثه، ولكنك قد تبينت مما سبق أن المانع من ذلك هو اعتبار العقد صحيحا نافذ الأثر منذ صدر، ولو أنهم لم يجعلوه صحيحًا نافذ الأمر إلا من وقت صدور الإجازة فقط لم يوجد هذا المانع، ولكان للوارث حينئذ حق الإجازة بلا حرج.

ومن هذا البيان والشرح يظهر لك أن هذا الحق صار ملحقا بالحق الشخصي في الحكم لما تبين من أنه يختص بمن له الملك أو الولاية وقت حدوث التصرف من الفضولي، وإن كان في الواقع حقا متعلقًا بالمال وناشئا عن الملك، كما يظهر لك منه أيضًا أن هذا الحكم - وهو عدم صحة تصرف الفضولي بإجازة وارث المالك - عام بالنسبة لكل تصرف يباشره الفضولي فيموت ذو الشأن في إجازته قبل أن يجيزه، وهذا هو مذهب محمد بن الحسن - رحمه الله تعالى -، ذكر ذلك الكمال بن الهمام في شرحه للهداية، وخالفه أبو حنيفة وأبو يوسف فاستثنيا من هذا الحكم القسمة يباشرها الفضولي ثم يموت المالك الشريك قبل إجازتها، فقد جعلا لوارثه حينئذ حق إجازتها

استحسانا لحاجة الشركاء إليها غالبًا، ولأنها في الواقع عبارة عن الإفراز، وإذا ما تم فتميزت أنصباء الشركة فلا فائدة بعد ذلك من نقضه وإبطاله بمزج الأنصباء وخلطها ثم الرجوع إليه نفسه بعد ذلك، بل هذا هو العبث بعينه، فإذا تحقق الإفراز بمباشرة الفضولي فأقره وارث الشريك بعد وفاته، اعتبر ذلك منه تعيينا لملكه وإرشادًا إليه بموافقة سائر الشركاء، وذلك لضعف معنى التبادل والمعاوضة في القسمة وعدم الالتفات إليه فيها قصدًا، وخاصة إذا لاحظنا أن عمل الإفراز إنما يعتمد المعرفة والعلم بالحساب أكثر مما يعتمد على الولاية، وهذا هو السبب في استثناء القسمة عندهما وإعطاء وارث الشريك حق إجازتها بعد موت مورثه. وإذن فعلى أي أساس يثبت له هذا الحق عندهما؟ أيثبت له بطريق الوراثة؟ أو يثبت له ابتداء نتيجة لتملكه؟ إن أثبتناه له وراثة استقام لدينا نفاذ القسمة من وقت حدوثها لنيابة الوارث عن مورثه وقيامه مقامه في إنفاذها، ولكنا بذلك نكون قد خالفنا أصول الحنفية القاضية بأن لا توارث في مثل هذه الحقوق التي ترجع إلى إرادة أصحابها ومشيئتهم كما في حق الشفعة ونحوها. وإن أثبتناه له ابتداء نتيجة لتملكه. اقتضى ذلك أن يكون نفاذ القسمة مستندا إلى وقت التملك وهو أول وقت عقب الوفاة، لا إلى وقت حدوثها، إذ لا يمكن إسناد نفاذها إلى وقت لم يكن فيه الوارث مالكًا ولا نائبًا عنه، ولذلك أثره في مسألتين: الأولى: إذا حدث لبعض الأنصباء زيادة بعد القسمة وقبل وفاة الشريك، فإن هذه الزيادة حينئذ تكون ملكا لجميع الشركاء لأنها ثمرة للملك لا يزال بينهم، ويترتب على ذلك بطلان القسمة لزوال الإفراز بين الأنصباء وبطلانه. الثانية: إذا حدثت الزيادة بعد وفاة الشريك وقبل الإجازة فإن هذه الزيادة تكون ملكا لمن جعل له أصلها نصيبًا، لأنها حينئذ ثمرة ملكه، وإنما كان ملكه لاعتبارنا أن القسمة تعتبر نافذة عقب الوفاة مباشرة فيثبت تملكه لهذا النصيب من ذلك الوقت، فهل هذا هو ما يراه الشيخان؟ إن كان ذلك رأيهما فالأمر متسق سائر وإن كان لهما رأي آخر فلينظر لأني لم أعثر عليه.

هذا وقد رأيت للحنفية طريقا آخر في توجيه عدم انتقال هذا الحق - حق إجازة تصرف الفضولي - إلى الوارث بعد موت مورثه. قالوا إن العقد الموقوف الذي

يباشره الفضولي، يفيد حكما موقوفا كذلك، فعقد البيع الذي يباشره الفضولي يفيد المشتري ملك المبيع، إلا أنه ملك موقوف الظهور على الإجازة، ومن المقرر إنه إذا طرأ على الحكم الموقوف حكم بات أبطله، لأنه طروء يعد في الحقيقة وفي الواقع إعراضًا عن الأول ونقضًا له، وأنت تعلم أن تصرف الفضولي يبطل الإبطال، ويتضح لك ذلك في المالك ببيع العين لشخص بعد أن يكون الفضولي قد باعها من قبل لشخص آخر، فإن بيع المالك إياها لمن اشتراها منه يبطل بيع الفضولي لها من قبل، وذلك من قبل أن المشتري من المالك قد ملكها منه ملكا باتا، وأن هذا الملك البات قد طرأ على ملك المشتري من الفضولي وهو ملك موقوف، فكان حصول الملك البات بعد الملك الموقوف، إعراضًا عن ذلك الملك الموقوف ونقضًا له إن كان المالك قد علم بتصرف الفضولي قبل إقدامه على بيع العين، أو في معنى الإعراض عنه إذا لم يكن يعلم بتصرف الفضولي، ولا شك في أن الملك الموقوف لا يقوى على معارضة الملك البات فالنتيجة الطبيعية بطلان الملك الموقوف لحدوث الملك البات وبناء على ذلك إذا توفي الوارث بعد أن يكون الفضولي قد باشر بيع ما كان يملك، فإن ملكية هذا المبيع تنتقل بالوفاة إلى الوارث، ويكون ملك الوارث لها ملكا باتا، وقد طرأ على ملك موقوف هو ملك المشتري من الفضولي، فيبطله لما قدمنا فلا تصححه إجازة، لأن الباطل لا ينقلب صحيحا أبدا، ومقتضى هذا التعليل كما هو بين أن حكم القسمة وغيرها من التصرفات في ذلك سواء فلا يملك الوارث إجازة قسمة الفضولي ولعل هذا هو منشأ جعل استثناء القسمة عند الشيخين من باب الاستحسان والخروج على القياس والقاعدة.

هذا وقد بنوا على هذا أن الأمة إذا باشرها مالكها بحكم الملك، ثم تزوجت بعد ذلك بأجنبي بلا إذن من مالكها فإن زواجها حينئذ يكون موقوفا على إجازته لثبوت ولايته عليها بالملك فإذا توفي قبل الإجازة كان لوارثه حق إجازة هذا الزواج. ذلك لأنها لما تزوجت بدون إذن من مالكها كان هذا الزواج موقوفا، وبوفاة مالكها انتقلت ملكيتها إلى وارثه ولكنها ملكية لم تفده حل مباشرتها، فلم يملك أن يتمتع لما سبق من مباشرة مورثه لها من قبل قال تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ

إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾ [النساء]. وبناء على ذلك فامتلاك زوجها لمتعتها ذلك الامتلاك الموقوف لم يطرأ عليه امتلاك بات لمتعتها من قبل الوارث لأنه لم يملك متعتها لما قدمنا، فبقي ملك الزوج لمتعتها كما هو ملكًا موقوفا فكان للوارث حينئذ حق إجازته وإنفاذه.

هذا وإنما يستقيم ذلك إذا كان الوارث فرعا لمورثه كأن يكون ابنا حتى تكون مباشرة أبيه لأمته سببا مانعًا من أن يتملك متعتها، أما إذا لم يكن فرعا بأن كان ابن عم مثلا فلا يستقيم ذلك لأنه يرثها ويملك التمتع بها فيبطل حينئذ عقد الزواج وانظر حكم ما إذا كان الوارث أنثى أيكون لها حق الإجازة سواء تمتع بها السيد قبل وفاته أم لم يتمتع من جهة أن الأنثى لا تملك المتعة بالأنثى فلم يطرأ ملك بات على ملك موقوف؟ لم أر حكم ذلك وعلى كل فليس لهذه الأحكام فائدة عملية الآن لزوال الرق وإنما آثرت ذكرها شرحا لما بينت من الأصل لكي يتجلى لك معناه وفحواه.

غير أني ألاحظ على هذا التوجيه أنه لا يظهر في كل التصرفات، لأن تصرف الفضولي إذا كان إجازة مثلا فلا نجد حينئذ تنافيا بين حكمها الموقوف - وهو تملك المستأجر للمنفعة تملكا موقوفا - وبين انتقال ملكية العين المستأجرة إلى الوارث عند وفاة مورثه، حتى يقال إن ثبوت ملكية العين للوارث بوفاة مورثه بعد أن يكون الفضولي قد أجرها لإنسان آخر، يعتبر كالإعراض عن هذا التصرف الذي تم بين الفضولي والمستأجر، كما يقال ذلك فيما إذا باع المالك العين لآخر، أو ورثها وارث المالك بعد أن يكون الفضولي قد باعها لآخر، ذلك لأن ثبوت ملك المنفعة للوارث تابع لتملكه العين بالميراث وهو غير مقصود، فلا يكون ثبوته في معنى الإعراض عن التصرف مع المستأجر حتى يترتب عليه البطلان، على أن الإعراض أو ما هو في معناه، لا يظهر تحققه في انتقال الأموال بالميراث وثبوت ملكيتها للوارث لأن ذلك الثبوت أمر اضطراري يتم بطريق خلافة الوارث عن مورثه في كل ما كان له من أملاك وحقوق، فلا يقبل أن يتحمل الحنفية أن حق إجازة التصرفات الموقوفة لا ينتقل بالميراث عدا ما استثناه الشيخان وهو القسمة.

ذلك هو مذهب الحنفية أما المالكية فلهم في تصرف الفضولي رأيان:

الأول: أنه إن كان من قبيل المعاوضات المالية توقف نفاذه على إجازة المالك فإن أجازة نفذ وإلا بطل، وإن كان من قبيل التبرعات كالهبة والوقف بطل ولم يتوقف على إجازة فلا تقلبه الإجازة صحيحا.

الثاني: أن تصرف الفضولي موقوف في جميع الأحوال سواء أكان معاوضة أم تبرعا[1] ولعل المالكية قد فرقوا بين المعاوضات المالية والتبرعات في أحد الرأيين، بأن التبرعات ليس فيها منفعة ظاهرة لصاحب المال بل هي من قبيل الإتلاف لماله فلا تتوقف على إجازته، ولأن الأثر الذي ورد دالا على صحة تصرف الفضولي وتوقفه على رضا ذي الشأن، إنما ورد في المعاوضات فقد روي عن عروة بن أبي الجعد البارقي أن النبي ﷺ أعطاه دينارا ليشتري به أضحية فاشترى به شاتين، ثم باع أحدهما بدينار وجاء بشاة ودينار إلى النبي ﷺ فدعا له ﷺ في بيعه بالبركة، فكان لو اشترى ترابا ربح فيه[2]. وروي أيضا أنه ﷺ دفع دينارا إلى حكيم بن حزام ليشتري به أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة أخرى بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ فأخبره بذلك فقال له ﷺ «بارك الله لك في صفقتك فأما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به»[3] ، فأنت ترى في الحديثين إقرار النبي ﷺ لتصرف لم يؤذن فيه وهو من قبيل المعاوضات، فيلحق به ما كان منها، ويبقى ما خرج عنها وهو التبرعات على أنه ممنوع.

هذا وظاهر قواعد المالكية أن هذا الحق - وهو حق إجازة تصرف الفضولي، ينتقل بالوفاة إلى الوارث إذ أنهم يذهبون إلى القول بجريان التوارث في الحقوق كالشفعة والخيارات وغيرها وعلى ذلك فإذا لم يوجد من المالك قبل وفاته ما ينفذ به عقد الفضولي كأن يتوفى بعد أن يعلم بالتصرف وقبل أن يتمكن من رفضه أو كان يتوفى قبل أن يعلم به فإن وارثه يقوم مقامه فيما ينفذ به العقد وما به يبطل. وإذن فهو يتبع الملك عند انتقاله بالميراث أينما انتقل.

---

(١) راجع الزرقاني والدسوقي وغيرهما.

(٢) رواه البخاري وأحمد وأبو داود.

(٣) رواه الترمذي.

وذهب الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وابن حزم إلى أن تصرف الفضولي يقع باطلا فلا تلحقه إجازة ولا يصح بعد وقوعه. لأن صحة العقود عندهم نتيجة لوجود الولاية الشرعية، وهي إنما تكون بالملك أو بالإذن السابق من المالك، وقد قال النبي ﷺ لحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك»[1]. فنهاه عن بيع ما لا يملك، وقد كان ذلك النهي جوابا عن سؤاله عما يفعله من أنه كان يبيع الشيء لا يملكه، ثم مضى بعد ذلك فيشتريه ويسلمه، وهو نهي عام يقتضي عدم صحة بيع الفضولي، ومثله كل تصرف يصدر منه. وعلى هذا فليس للمالك حينئذ حق الإجازة حتى ينظر في انتقال هذا الحق بالوراثة عند الموت إلى الوارث. وهذا هو رأي أحمد بن حنبل أيضا في رواية عنه، وقد اقتصر عليها صاحب كشاف القناع، وزوي عنه أيضا أن تصرف الفضولي صحيح موقوف على إجازة المالك وهي رواية كذلك عن الشافعي، وهو قول إسحاق بن راهويه وأبي حنيفة كما قدمنا، وعلى هذه الرواية يكون للمالك حق إجازة تصرف الفضولي وإنفاذه. وهل يجري في هذا الحق التوارث فيرثه وارث المالك إذا توفي قبل أن يجيز؟ الظاهر أنه ينتقل بالميراث إلى الوارث كما هو الظاهر من قواعد الحنابلة لأن من عدا الحنفية يرون التوسع فيما ينتقل بالوراثة عن الميت إلى الوارث، فيورثون الحقوق بالطلب قبل الوفاة، ولكن ذلك إنما يتأتى فيما يجري فيه الطلب وهذا الحق مما لا يجري فيه ذلك، وكثيرًا ما استدل الحنابلة بقوله ﷺ: «من ترك حقا أو مالا فلورثته» لذلك استظهر انتقال هذا الحق بالميراث عندهم على هذه الرواية الأخيرة وإن كنت لم أجد نصا مع طول البحث وعظم المشقة فيه.

ومما تقدم علمت اختلاف العلماء في تصرف الفضولي، والذي أراه أن الناس في حاجة إلى معونة بعضهم بعضا وأن المروءة وما يوجد من الصلات المختلفة بين الناس كالجوار والصداقة والقرابة، كثيرا ما تدفع بعض الناس إلى معونة من يتصلون به في وقت غيبتهم أو في وقت الحاجة الذي لا يتيسر فيه لذي الشأن أن يعمل، وذلك بمباشرة بعض أعمال ومزاولة بعض تصرفات يرونها نافعة لمن يريدون خيرهم، فلا يرى ذلك منهم إلا عملا جليلا وسعيا مشكورا وإذن فليس من المقبول أن يغلق دون

(١) رواه ابن ماجة والترمذي وقال إنه حديث صحيح حسن.

الناس هذا الباب من أبواب الخير بل الواجب أن يفتح لهم فييسر دخوله وأن يكون التصرف يقوم به الإنسان لغيره معونة له، رهن إرادة ذي الشأن إن رضيه أقره وإن أباه أبطله وأن يقوم الوارث مقام مورثه في ذلك بعد وفاته لأنه صار صاحب الشأن وإليه يعود خير العمل وثمراته، وقد خلف المورث فيما كان له، وكان للمورث حق إجازته وإنفاذه، وهو إن تعلق بإرادته ومشيئته، فإنه لا يعدو أن يكون حقا ماليا لما يترتب عليه من التملك، فكانت الناحية المالية فيه متغلبة، لذلك فوجب أن يورث.

حق الرجوع في الهبة:

١٠- وكذلك الحكم فيما يملكه الواهب من حق الرجوع في هبته[1] فإن هذا الحق يسقط بموته اتفاقا ولا ينتقل إلى وارثه، فلا يملك الوارث أن يسترد ما وهبه مورثه. ذلك لأنه وإن كان حقا له تعلق بالمال لما يترتب عليه من زيادة في الملك بإعادة ملكية زالت لا إلى عوض، إلا أن الناحية الشخصية فيه غالبة، لما في الهبة من أغراض وغايات روحية كتوثيق المودة والصلة والبر وإدخال السرور على الموهوب له، وتلك أمور تختص بالواهب، قدرها ووزنها قبل إقدامه على هبته ثم قصد إليها بهبته فلا يصح بعد ذلك أن يجعل لغيره حق إبطالها وتفويت أغراضه باسترجاعها، وخاصة إذا لاحظت أن هذا الحق إنما يتعلق بمال أصبحت حقوق مالكه فيه وهو الموهوب له بعد وفاة الواهب قوية مستقرة، لما ظهر من إصرار الواهب على المضي فيها، بموته مصرًا عليها، فلا يكون لوارثه حق نقضها وإبطالها.

(١) الهبة تمليك مال بلا عوض في الحال. ولا يتم الملك فيها للموهوب له إلا بالقبض والحيازة على حسب ما هو مفصل عند الحنفية والمالكية وغيرهم، ويلزم هذا العقد بمجرد القول عند المالكية في أصح الأقوال عندهم فيجبر الواهب عندهم على تسليم العين الموهوبة إلى الموهوب له. وليس للواهب أن يرجع فيها إلا أن يكون والدا قد نحل ابنة نحلا أو أعطاه عطاء فله حينئذ أن يعتصر ذلك أي يرجع فيه ما لم يستحدث الولد به دينا يداينه الناس به ويأمنون لأجله عليه أو نحو ذلك فليس له أن يعتصر مما أعطى لولده حينئذ شيئا نفيا للضرر، وذهب الشافعي وأحمد إلى أنه عقد غير لازم قبل القبض للواهب أن يرجع فيه قبل قبض الموهوب ولكنه يلزم بالقبض فلا يجوز للواهب الرجوع فيه بعده إلا أن يكون أبا فيجوز له أن يرجع فيما نحله لولده ما دام في سلطانه وبقية الأصول عند الشافعي كالأب في ذلك على أشهر قوليه خلافا لأحمد فإنه اختص الأب بذلك وذهب أبو حنيفة إلى أنه عقد غير لازم قبل القبض مطلقا وكذا لا يلزم بعده أيضا، فله الرجوع عنه قبل القبض كما يكون له الرجوع بعده ما لم يمنع مانع من الموانع السبعة المعروفة عندهم.



رأي القرافي في الحقوق الشخصية والمالية

هذا ولشهاب الدين القرافي المالكي كلمة قيمة في وراثة الحقوق أرى من المصلحة أن ألخصها تفصيلا لهذا الموضوع وإيضاحا له. قال في الفرق السابع والتسعين والمائة اعلم أنه يروى عن رسول الله ﷺ أنه قال «من مات عن حق فلورثته». وهذا ليس على عمومه الظاهر من مجيء كلمة حق في سياق الشرط، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل إليه، فمن حق الإنسان أن يلاعن زوجته عند تحقق سبب اللعان وشرائطه، وأن يفيء إليها بعد أن يكون قد آلى منها لقوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ ﴾ [البقرة]. وأن يعود إليها بعد أن يظاهر منها بقوله لها أنت علي كظهر أمي مثلا، وأن يختار أربعا من زوجاته إذا أسلم عن أختين تزوجهما قبل إسلامه، وإذا جعل المتبايعان الخيار لأجنبي عنهما فمن حقه حينئذ أن يملك إمضاء البيع عليهما أو فسخه بينهما، ومن حقوق الإنسان، ما يفوض إليه فيه، من الولايات والمناصب، كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرهما كالأمانة والوكالة، فجميع هذه الحقوق لا تنتقل إلى وارث من ثبتت له عند وفاته.

أما ما ينتقل إلى الوارث من الحقوق عند الوفاة فضابطه ما كان متعلقا بالمال، أو ما يدفع ضررا عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه، وأما ضابط ما لا ينتقل من الحقوق فهو ما كان متعلقا بنفس المورث وعقله وشهوته، والسر في التفرقة أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعًا له، ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك، لأن ما لا يورث، لا يورث ما يتعلق به، فاللعان يرجع إلى فاحشة اعتقدها الإنسان واطمأنت إلى وقوعها نفسه لا يشاركه في ذلك غيره غالبا، فهو يعتقد أن زوجته قد ارتكبت الفاحشة واعتقاده هذا ليس من باب الأموال بل يرجع إلى عقله فلا يورث، وكذلك الحال فيما أعطى له من حق الرجوع إلى زوجته بعد أن يكون قد آلى وأقسم ألا يقربها أربعة أشهر، ومن حقه العود إليها بعد أن يظاهر منها، ومن حقه اختيار أربع من نسائه أو إحدى الأختين اللتين تزوجهما، فكل ذلك يرجع إلى ميله وإرادته، وكذلك قضاؤه على المتبايعين بفسخ عقد البيع أو إمضائه إذا ما جعلا له الخيار في ذلك، ومثله مناصبه وولايته وإرادته كل ذلك مرجعه إلى رأيه

فلا ينتقل شيء من ذلك إلى وارثه، وإذن فلا يورث إلا الحقوق المالية دون غيرها، لم يخرج عن ذلك إلا مسألتان عند المالكية الأولى حق القذف والثانية قصاص الأطراف والجراح، خرجتا فانتقل الحق فيهما إلى الوارث لأجل شفاء غليله بما مس عرضه من قذف مورثه والجناية عليه، أما القصاص في النفس فإنه يثبت ابتداء للوارث لأنه لا يستحق إلا بعد زهوق النفس، والمورث بعد وفاته ليس أهلا للاستحقاق فيثبت لوارثه ابتداء.

ذلك تلخيص ما ذكره القرافي في فروقه، وقد علمت مما تقدم أن حق المطالبة بحد القذف لا يورث عند المالكية وإنما يثبت لكل من قام به سبب الإرث إلى آخر ما ذكرنا فيه، فهل وجد القرافي للمالكية قولا بجريان التوارث فيه كما ذهب إليه بعض الشافعية؟ أو أنه إنما يريد بما ذكره مجرد ثبوته للوارث بعد وفاة المورث وإن كان ذلك الثبوت على طريق الابتداء لا التوارث؛ إن قلنا إنه يريد مجرد ثبوته للوارث بعد وفاة المورث، لم يتسق مع ما ذكره في ثبوت القصاص للوارث من أنه ثبت له ابتداء لا بطريق الوراثة، فلو كان حق المطالبة بحد القذف مثله لجمع بينهما في الذكر، فلعله رأى قولا بثبوت التوارث فيه، على أن ما ذكره في القصاص لا يتفق مع جاء في كتب المالكية، إذ جاء فيها أنهم لا يثبتونه للوارث بل يثبتونه أولا للعاصب الذكر الأقرب فالأقرب ثم لغيره من الورثة على تفصيل ليس هذا موضعه، ولا يجعلونه للوارث بوصف أنه وارث ذكرا كان أو أنثى إلا إذا كان ما ذكره القرافي رأيا آخر لبعض المالكية لم أعثر عليه ما وراثة القصاص، فإنه إذا ثبت فيه الحق لولي المقتول كالابن مثلا فتوفي قبل استيفائه، انتقل ذلك الحق إلى ورثته جميعا لا فرق بين ذكر وأنثى، وكان بينهم على حسب مواريثهم(١). ومثله القصاص في الأطراف إذا ما وجب وثبت للمجني عليه حق المطالبة به، بأن كانت الجناية على ما يجب بقطعه القصاص، كاليد والأصابع إلى آخر ما ذكره المالكية، ففي هذه الحال إذا توفي المجني عليه قبل الاستيفاء قام ورثته مقامه في ذلك كما ذكره القرافي.

---

(١) راجع الزرقاني والأم.



الحقوق المالية وما في حكمها:

١١- وأما الحقوق المالية فهي ما تنقلب في النهاية مالا كالديون في ذمم المدينين، وحق الدية والأرش في الأطراف وحقوق الارتفاق كحق الشرب والمرور وحق التعلي، فإن هذه الحقوق جميعها تستحيل مالا بالاقتضاء والقبض أو بالمعاونة فكانت لذلك حقا ماليا محضا، وحكمها أنها تنتقل بوفاة مالكها إلى ورثته، شأنها في ذلك شأن الأعيان المالية، ليس ذلك فيما أعلم محلا لخلاف من يعتد بخلافه. ومثلها في ذلك الحكم ما ألحق بها من الحقوق وهي ما كان لها تعلق واضح بالمال، ولم تثبت لصاحبها لخصوصية فيه وإنما تثبت له لما فيها من معنى المالية، إما أثرًا لملك كحق القصاص وحق الشفعة، أو ليد مستقرة كحقوق الاختصاص عند من يقول بها من الفقهاء، وحق الغزاة في الغنائم، أو لعقد كالخيارات وحق حبس الرهن، وإما نتيجة تمليك كحق الانتفاع بالأرض الخراجية عند من لا يجعلها ملكا لمن أبقيت في أيديهم ولا يرى لهم فيها إلا حق الانتفاع بها على أن يؤدوا خراجها، وحق الموقوف عليه في الوقف، وحق قبول الوصية، فهذه الحقوق كلها وما يشبهها تنتقل بوفاة صاحبها إلى ورثته، لما فيها من معنى المال، غير أن ذلك محل خلاف بين العلماء، فإن منهم من لم يلحقها بالحقوق المالية لما رأى فيها من الخصوصيات، فلم يقل بجريان التوارث فيها ومنهم من ألحقها بها فأجرى فيها التوارث وسيتضح لك وجهة كل منهم عند الكلام عليها تفصيلا.

الديون:

فالديون في ذمم المدينين ليس في انتقالها إلى وارث الدائن بوفائه خلاف بين العلماء؛ لأنها حقوق مالية تستوفى بالأموال، وهي محل للمعاوضة بها عند كثير، فصار لها بذلك حكم الأموال في التوارث. غير أن من الديون ما يسقط بموت الدائن عند الحنفية، وذلك كدين النفقة إذا لم يأذن القاضي باستدانتها، فهذا الدين يسقط بالموت ولا ينتقل إلى وارث الدائن عندهم سواء أكان واجبا للزوجة على زوجها أو للقريب على قريبه، أما إذا أذنت الزوجة باستدانة نفقتها، أو أذن القريب باستدانة نفقته ثم

استدانها فعلا كان الدين المترتب عليها عند ذلك من الديون الصحيحة التي يجب على الزوج أو على القريب الموسر أداؤها ولا تسقط بالموت بل تنتقل به إلى وارث الدائن سواء أكان زوجة أم قريبا، ولا تسقط عن المدين إلا بالأداء أو الإبراء.

واعلم أن هذا الدين ينتقل بموت الدائن إلى ورثته بالصفة التي كان عليها حال حياة الدائن، فإذا كان حالا انتقل حالا، وإذا كان مؤجلا انتقل كذلك مؤجلا، لأن الوارث يخلف مورثه فيما كان له من مال أو حق مالي وما كان لمورثه إلا دين حال أو دين مؤجل فيخلفه فيه كما هو، وهذا هو مذهب الجمهور، ويؤيده ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - «إذا مات الرجل وله دين إلى أجل، وعليه دين إلى أجل، فالذي عليه حال. والذي له إلى أجله» وذهب أبو محمد علي بن حزم إلى أن الدين ينتقل بموت الدائن إلى ورثته حالا في جميع حالاته، ولا يختلف في هذا الحكم دين مؤجل سببه القرض ولا دين مؤجل سببه الشراء نسيئة. ولا أي دين آخر لأن تأجيل الدين إنما كان نتيجة اتفاق تم بين المدين والدائن، فلا يلزم به ورثة الدائن بعد موته، لأن الاتفاق لم يكن معهم، فلا يصح أن يلزموا بما لم يلتزموا كما هو الشأن في الدين المؤجل فإنه يحل بوفاة المدين، ولا يكون لورثته حق المطالبة ببقاء الأجل لأن الأجل كان لغيرهم، ولم يكن نتيجة تعاقد تم معهم.

هذه وجهته في رأيه، وهي وجهة مغلقة. فإن الدين نفسه كان نتيجة للاتفاق والتعاقد الذي تم بمقتضاه التأجيل، فإذا كانت وفاة أحد الطرفين مبطلة للاتفاق بالنسبة للأجل فلم لا تبطله كذلك بالنسبة للدين نفسه، فيسقط هو أيضا بالوفاة ويلغو التعاقد؟ ثم كيف يتجه القول بسقوط اتفاق ترتبت عليه حقوق والتزامات بوفاة أحد طرفيه؟ أليس ذلك إسقاطا للحقوق بلا وجود سبب مسقط لها، وتغريرا بالناس، وعبثا بالمعاملات والعقود والله تعالى يقول: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ... ۝١﴾ [المائدة]. أما قياس هذه الحالة بحال وفاة المدين عند الأجل فقياس باطل لوجود الفارق بين المقيس والمقيس عليه. فالدين عند وفاة الدائن يورث كما هو على حاله وهذا ظاهر. وعند وفاة المدين لا يورث. ولا يلزم به الوارث حتى ينتقل

إليه وتشغل به ذمته على الحال التي كان عليها. وإنما يتعلق بأعيان ما يترك المدين من مال كما سيأتي. وقد أعطي المدين الأجل ترفيها له فيسقط بوفاته، إذ لم ينتقل بسببها الدين من ذمة إلى ذمة حتى يبقى لصاحب الذمة الثانية ذلك الترفيه.

حق التعلي:

١٢- وحق التعلي من الحقوق المالية لأنه في معنى المال، إذ يتمثل في الوجود باستعلاء بناء على بناء آخر وقيامه عليه دائما. فكان هو والبناء المستعلي بمعنى واحد، ومن ذلك أعطي حكم العقار عند محمد - رحمه الله تعالى - في ثبوت الشفعة فيه عند بيعه وفي استحقاق الشفعة به عند بيع ما يلاصقه من العقار، فكان في حكم المال، وصار مما يورث عند جمهور الفقهاء، فيورث عندهم تبعا للبناء المستعلى «العلو» كأن يموت مالك العلو، وعلوه قائم على السفل، ويورث كذلك مستقلا غير تابع للبناء المستعلي كأن يموت مالك العلو بعد أن انهدم علوه وقبل إعادته، فيرثه حينئذ وارثه ويكون له به حق البناء على السفل، ولا يكون لصاحب السفل منعه، ولجريان التوارث فيه جازت الوصية به لأن الوصية كالميراث، والفقهاء يقولون الوصية أخت الميراث. يعنون بذلك أن ما جرى فيه التوارث تجوز به الوصية، بخلاف بيعه عند الحنفية، إذ يجوزون بيعه تبعا لبيع البناء المستعلي، ولا يجوزون بيعه مستقلا بعد انهدام العلو. لأن البيع عندهم لا يصح إلا فيما هو مال حقيقة، وحق التعلي ليس بمال على الحقيقة، لعدم إمكان إحرازه، لأنه أمر حكمي أو تقديري، فلا يتصور فيه الإحراز، وإنما المال عندهم ما أمكن إحرازه، وخالفهم في هذا أصحاب مالك - رضي الله عنه - وجمهور الحنابلة فجوزوا بيعه في جميع أحواله تبعا للعلو عند قيامه، ومستقلا عنه بعد انهدامه، بل جوزوا كذلك بيعه قبل بناء السفل ووجوده، فأجازوا بيع الهواء فوق ما سيبني من البناء إذا وصف البناء الأسفل على وجه تنتفي به الجهالة، ويزول معه الضرر كأن يقول شخص لصاحب أرض بعني مائة وعشرين مترا مربعا فوق ما ستبنيه بأرضك هذه، فيبيعه صاحب الأرض ذلك بعد الاتفاق على وصف البناء وصفا لا يفضي إلى منازعة فيه ولا في موضعه ولا في نوعه وقدره، قاله الحطاب[1].

(١) جـ٤ رقم ٢٧٥.

وجاز بيع الهواء فوق الهواء وفوق البناء إذا وصف كل من البناء الأسفل والأعلى، بأن يذكر بماذا يبنى كل منهما، أمن آجر أو من حجر، وبأن يذكر عرض الجدار، ويبين مصب ماء الأعلى ومرحاضه، وحيث تصب قناته ومكان مدخله، إلى آخر ما ذكر في ذلك من وصف وخلاف بين العلماء فيما يجب النص عليه، وفي كشاف القناع «ويصح أن يشتري علو بيت ليبني عليه بنيانا موصوفا، وكذا لو كان البيت الذي اشترى علوه غير مبني، إذا وصف كل من العلو والسفل ليكون معلوما، وإنما صح، لأنه ملك البائع فكان له الاعتياض عنه».

وذهب أبو محمد علي بن حزم الظاهري إلى نفس حق التعلي على الإطلاق. ذلك لأنه إن وجد هذا الحق تعلق في زعمه بالهواء. والهواء متموج غير مستقر ولا مضبوط فلا يحرز ولا يملك، ولكن يصح عنده بيع العلو القائم فقط فيقع العقد على الأنقاض. ويجب على المشتري بعد تمام العقد هدم العلو وأخذ الأنقاض. فإن اشتراه على وجه القرار والبناء لم يجز لأن ذلك عنده من أكل المال بالباطل لأن شرط البناء ليس في كتاب الله، وقد روى ابن حزم هذا القول عن الشافعي أيضا.

والحق أن ذلك من المعاملة، إن معاملات الناس يجب أن تجرى على وفق حاجاتهم، متمشية مع عاداتهم ومتعارفهم ما لم تصادم نصا في الدين أو تتعارض مع أصل من أصوله العامة، والمسلمون بعد ذلك عند شروطهم فلا حرج عليهم إذا دعتهم حاجتهم إلى بيع العلو بحق بقائه أو قراره فباعوه على ذلك وليس في ذلك شيء يعارض كتاب الله ولا يصادم أصلا من أصول دينه، وليس المناط في صحة الشروط أن تكون بصورتها ولفظها في كتاب الله، بل المناط أن تندرج تحت قواعده، ومبادئه العامة، وذلك متحقق في شرطنا لأنه قد لا يعدو أن يكون بيعا للمنفعة وذلك ما يندرج تحت جواز المعاوضة بالمنافع فالحق ما ذهب إليه المالكية.

حقوق الارتفاق:

١٢ - وكذلك حقوق الارتفاق[1] تجد معنى المال فيها ظاهرًا والمالية فيها متغلبة

(١) حق الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مالكه غير مالك العقار الأول، ويشمل حق الشرب، وهو النوبة من الماء لسقي الأرض والزرع، وحق المرور في أرض الغير، أن تجعل طريقا=

كحق الشرب وحق المرور وحق المسيل. وذلك لتعلقها بأعيان مالية وهي الأرض التي تقررت عليها هذه الحقوق. وليس أدل على ذلك من أنها قد يعتاض عنها بالمال. فقد نص على جواز بيعها تبعا للعقار بشرط أن ينص على دخولها العقد، وإلا لم تدخل في البيع. والنص عليها في العقد يجعلها مبيعا مقابلا بشيء من الثمن. وإذن فقد يباع العقار وتباع هي أيضا معه إذا نص عليها في عقد البيع. وقد يباع العقار وحده دونها إذا لم ينص على دخولها في المبيع. فإذا نص على دخولها في المبيع كانت مبيعا بوقوع التعاقد عليها صراحة، وقابلها بعض الثمن ضرورة، فكانت لذلك من الأموال. هذا إلى ما جاء في بعض هذه الحقوق من روايات بجواز بيعها منفردة عن العقار أيضا.

وهذه الحقوق تثبت في الغالب لعقار على عقار آخر. فإذا توفي مالك العقار المقررة له تلك الحقوق انتقل بوفاته إلى ورثته وانتقلت كذلك تلك الحقوق إليهم تبعا لانتقال ذلك العقار. فإذا انفصلت هذه الحقوق عن العقار الثابتة له فأصبحت ملكا مستقلا لصاحبها. فإنها في هذه الحال أيضا تنتقل بوفاة صاحبها إلى ورثته. ويتصور هذا بأن يبيع صاحب العقار الذي تقررت له هذه الحقوق عقاره فلا ينص على دخولها في عقد البيع. فيملك المشتري العقار مجردا عن حقوقه وتبقى الحقوق للبائع حينئذ ملكا مستقلا ينتقل بالموت إلى الورثة استقلالا لا غير تابع لشيء آخر. وانتقالها إلى الورثة تبعًا لانتقال العقار إليهم أمر ظاهر ليس فيه خفاء، فذلك شأن جميع الحقوق المالية المتعلقة بالأعيان. أما انتقالها إليهم مستقلة منفردة فيدل عليه أمور:

أ- ما جاء في مجمع الأنهر[1] إذ قيل فيه: «والشرب يورث لكونه حقا ماليا فيجرى فيه الإرث» فسماه كما ترى حقا ماليا. وما جاء في رد المحتار[2]«ويورث الشرب لأن الملك بالإرث يقع حكما لا قصدا. ويجوز أن يثبت الشيء حكما وإن كان لا يثبت قصدا كالخمر تملك حكما بالميراث، وإن لم تملك قصدا بسائر أسباب الملك». ومعنى ذلك أن ثبوت الملك للوارث بطريق الإرث عن مورثه أمر تبعي لأنه نتيجة لخلافة

=إلى أرض المار، وحق المسيل وهو جعل أرض الغير طريقا أو مصرفا للماء الزائد غير المحتاج إليه.

(١) ص٢ ن ٥٤٧ طبعة إسلامبول.

(٢) ص٥ ن ٣١٦.

الوارث عن مورثه فكان أثرا لهذه الخلافة، ولكنه أثر غير مقصود من تقريرها أي أنها لم تقرر لأجل الوصول إلى هذا الغرض بعينه. أما ثبوت الملك بواسطة عقد من العقود التي وضعت للتمليك كالبيع والهبة فهو ثبوت مقصود ومطلوب بواسطة هذه العقود، وما وضعت وأنشئت إلا لذلك الغرض، ومن المقرر عند فقهاء الشريعة أن من يقبل حكما من الأحكام بطريق التبع لا يجب أن يقبل هذا الحكم نفسه بطريق قصدي، بل قد يمتنع عليه ذلك كالخمر، فإنه إذا أسلم مالكها ثم وافاه أجله قبل أن يتخلى عنها فمات وهي في ملكه عن ورثة مسلمين، انتقلت بطريق الوراثة إليهم وأصبحت ملكا لهم. وبهذا قبلت أن يتملكها مسلم ولكن بطريق تبعي لم يقصد به إلى تملكها، ومع ذلك فهي تمتنع أن يتملكها مسلم قصدا بسبب من الأسباب الموضوعة للتملك، كأن يشتريها مسلم أو يستوهبها. كذلك شأن الشرب فإنه وإن كان في رأي صاحب رد المحتار ومن يرى رأيه، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يتملك بسبب من الأسباب الموضوعة للتملك، يجوز أن يتملك بطريق الإرث كما يجوز أن يوصى به لأن الوصية كما قدمنا أخت الميراث من ناحية أنها تشبهه في الخلافة عن المورث.

وجاء في الدرر شرح الغرر[1] ويورث الشرب ويوصى بمنفعته ولا يباع ولا يوهب، والفرق أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في حقوقه وأملاكه، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالديون والقصاص والخمر فإنها تملك بالإرث أ هـ، ومثله في الزيلعي، وهي مع ذلك لا تملك بالبيع ونحوه.

وهذا التعليل لا يختص بحق الشرب وإنما يعم كذلك بقية حقوق الارتفاق كحق المرور وحق المسيل، فإنها أيضا حقوق مالية فتنتقل ملكيتها إلى الوارث بالموت منفردة عن العقار إذا ما بيع العقار دونها قبل وفاة مالكه كحق الشرب؛ لأنها حقوق ملكها المورث حال حياته فيخلفه فيها ورثته بعد وفاته، ولا يضير ذلك أن يرى بعض العلماء عدم جواز بيعها.

ب- النص على جواز تملكها مستقلة منفردة عن العقار إذا ما بيع العقار المقررة

---

(١) انظر الدرر شرح الغرر جـ١ ص٣٠٨.

نه دون أن ينص على دخولها في عقد البيع. فذلك يستتبع طبعا القول بانتقالها إلى وارث المالك لها إذا وافاه أجله في هذه الحال، ولأنه إذا صح دخولها في عقد البيع وعدم دخولها فيه كانت لها حصة من الثمن عند دخولها وكانت بذلك محلا للبيع قطعا. وكل ما صلح أن يكون محلا للبيع انتقل بوفاة مالكه إلى ورثته.

جـ- القول بجواز بيع بعض هذه الحقوق مستقلة كحق المرور لأن ذلك يستلزم اعتباره من الأموال، وكل مال مملوك يورث.

من هذا يتبين أن حقوق الارتفاق تورث مستقلة وتابعة للعقار عند الحنفية، وكذلك عند غيرهم من الفقهاء ما عدا بعض أهل الظاهر إذ لا يقولون بوراثتها مستقلة، إذ لا يورث عندهم إلا المال، أما غيرهم فهم أوسع رأيا من الحنفية في باب انتقال الحقوق بالوراثة إلى الورثة عند الوفاة.

الدية والأرش في الأطراف:

١٤- والدية والأرش في الأطراف[1] مال واجب على الجاني للمجني عليه في الحقيقة، ولذا يثبت أولا على الجاني حقا مملوكا لمن جنى عليه، أو على حكم ملكه إن أدركته الوفاة بذلك الاعتداء، فيعتبر جميع ذلك من تركته بعد وفاته، تقضى منه ديونه أولا وتنفذ منه وصاياه ثانيا وما بقي بعد ذلك يكون لورثته، شأن كل ما يتركه المتوفى من مال عينا أو دينا، وقد روي عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود الظاهري أن الدية لا تجب ابتداء ملكا للمورث المعتدى عليه، وإنما تجب ابتداء لورثته، ذلك لأن سببها الموت فلا تجب قبله، لأن المعلول لا يتقدم علته، وإذن فلا تجب إلا بعده، والمعتدى عليه بعد موته غير أهل لأن يملك فلا يثبت له شيء بعد موته، وقد نقض هذا الدليل بأن الملك قد يثبت للمتوفى بعد موته إذا وجد سببه حال الحياة، كما في صيد الشبكة التي نشرها الشخص حال حياته فيتعلق بها بعد وفاته، فإنه يعتبر ملكا لذلك الشخص، ويكون حكمه حكم تركته. وهذا النقض إنما يتم لو كان ذلك

(١) الدية المال يدفع بدل النفس وفعلها ودى إذا أعطى الدية - والأرش ما يدفع من المال بدل الأطراف والجراح والجمع أروش مثل فلس وفلوس.

رأيهم في هذا الصيد، أما لو رأوه ملكا للورثة ابتداء فلا ينهض هذا ناقضا لدليلهم، والحقيقة أن أرش الأطراف ليس إلا دينا وجب للمجني عليه على الجاني بسبب جنايته بقطع عضو أو بإحداث جرح بغير حق، فإذا توفي المجني عليه قبل استيفائه انتقل إلى ورثته شأن جميع الديون، أما الدية فلا تجب إلا بزهوق الروح وذلك في وقت لا يكون المجني عليه أهلا للاستحقاق، ومن ثم قال بعض العلماء إنها تثبت ملكا للورثة ابتداء، ولكن لما كانت بدلا عن نفس القتيل وهي ملك له، رأى الجمهور - وقد تحقق سبب وجوبها في حال حياة المجني عليه - أن يعتبروها ثابتة له ابتداء، حتى جاز تنازله عنها قبل وفاته وبعد الجناية عليه، ثم تنتقل عنه بالوفاة إلى ورثته ميراثا عنه غير أن تنازله عن الدية يعتبر وصية عند الشافعي مطلقا لحصوله في مرض موت وعند الحنفية والحنابلة يعتبر التنازل وصية في حال الخطأ لا في حال العمد لأن الواجب حينئذ مال أما في حال العمد فإذا عفا أو تنازل عن حقه صح ذلك، دون نظر إلى التركة، لأن الواجب الساقط قود، لا مال، والمال لا يجب إلا بالصلح عليه ولم يوجد.

حق الانتفاع بالأرض الخراجية:

١٥- وأما حق الانتفاع بالأرض الخراجية - وهي الأرض التي يغنمها المسلمون عنوة فتترك في يد أهلها - فهو عند الحنفية أثر من آثار تملكها، فهو تابع لعينها. شأن كل عين مملوكة يكون لمالكها حق الانتفاع بها، باعتبار أن ذلك الحق ثمرة امتلاكها ومظهر من مظاهره، ذلك لأن الحنفية يرون أن الإمام إذا ترك الأرض التي افتتحها المسلمون عنوة في يد أصحابها على أن يستغلوها كما كانوا، وعلى أن يكون عليهم خراجها ليصرفه الإمام للمقاتلة وفي مصالح المسلمين، كان ذلك منه إقرارا لتملكهم لها فتبقى على ملكهم كما كانت ولا تنتقل إلى ملك غيرهم إلا بسبب من أسباب نقل الملكية وعلى من يملكها خراجها، يدفعها للإمام.

وذهب أحمد بن حنبل إلى أن الإمام مخير في أمرها فإن شاء قسمها بين الغانمين باعتبار أنها غنيمة، فيملكها الغانمون حينئذ بإحرازها وقسمتها عليهم ولا خراج

عليهم حينئذ. وإن شاء جعلها وقفا للمسلمين وتركها في يد أهلها نظير خراج دائم يقرره عليها، فيؤخذ ممن تركت في يده على أن يكون كالأجرة لها، وحينئذ يكون أحق بها من غيره فلا تنزع من يده. وإذا مات انتقل ذلك الحق بطريق الميراث إلى ورثته، ولا تنزع منهم إلا إذا عجزوا عن عمارتها ولم يمكن إجارتها لمن يعمرها، وذهب جمهرة المالكية إلى أنها تصير وقفا بالاستيلاء عليها فيتركها الإمام إن شاء لمن كانت في يده، وعليه خراجها يصرفه الإمام في مصالح المسلمين وأرزاق المقاتلة والعمال وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير ولا تقسم بين الغانمين. وقال اللخمي من المالكية لا أعلم خلافا في أن أرض العنوة إن قسمت كانت قسمتها ماضية ولا تنقض، وإذن فمذهب المالكية قريب من مذهب الحنابلة.

أما الشافعية فلا يرون إلا أن تقسم أرض العنوة بين الغانمين، ولا يجوز أن يتركها الإمام في يد أهلها على أنها ملك أو وقف، ومن هذا يظهر أن الكلام في حق الانتفاع بالأرض الخراجية وانتقاله بالإرث إلى الوارث إنما يترتب على ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية.

حق حبس الرهن:

١٦- وأما حق حبس الرهن فإنه حق متعلق بمال حبس لدى الدائن ضمانا واستيثاقا لوفاء دينه، فكان من هذه الناحية وفاء للدين من وجه أو في معنى الوفاء له، ومن أجل هذا بيع الرهن في الدين عند حلول أجله إذا أبى المدين الوفاء، أو عجز عنه وأبى الدائن أن ينتظر. فكانت الناحية المالية لهذا متغلبة في هذا الحق، ولذا أخذ حكم المال في انتقاله إلى وارث المتوفى بالموت، لم يخالف في ذلك أحد من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وخالفهم جميعا أبو محمد علي بن حزم فذهب إلى أن هذا الحق شخصي ينتهي بوفاة كل من الراهن أو المرتهن، وقال في كتابه المحلى ما نصه[1]: فإن مات الراهن أو المرتهن بطل الرهن، ووجب رد الرهن إلى الراهن أو إلى ورثته وحل الدين المؤجل، ولا يكون المرتهن أولى بثمن الرهن من سائر الغرماء حينئذ، وذلك

(١) انظر المحلى لابن حزم جـ٨ ص١٠٠.

لقوله تعالى: ﴿.. وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ...﴾ [الأنعام]. فإذا مات المرتهن فإنها كان حق الرهن له لا لورثته ولا لغرمائه ولا لأهل وصيته، وإنما تورث الأموال لا الحقوق التي ليست أموالا، كالأمانات، والوكالات، والوصايا وغير ذلك. فإذا سقط حق المرتهن بموته، وجب رد الرهن إلى صاحبه، وإذا مات الراهن فإنما كان عقد المرتهن معه لا مع ورثته وقد سقط ملك الراهن عن الرهن بموته، وانتقل ملكه إلى ورثته أو إلى غرمائه وهو أحد غرمائه أو إلى أهل وصيته، ولا عقد للمرتهن معهم، ولا يجوز عقد الميت على غيره. أ هـ.

والواقع أن هذا الرأي ليس بوجيه لأن ثبوت حق حبس الرهن للمرتهن إنما كان بناء على عقد تم بينه وبين الراهن، وذلك لا يستلزم أن يكون ذلك الحق شخصيًّا، فإن كثيرا من الأموال والحقوق المالية تنشأ عن العقود فلا يغير ذلك من حقائقها المالية ولا يتنافى مع ماليتها، فإذا تم الرهن تعلق حق المرتهن بالعين المرهونة، فإذا مات مالكها انتقلت ملكيتها إلى ورثته وهي متحملة ذلك الحق الثابت، ولا يقبل بحال أن تكون وفاة إنسان سببا في سقوط حقوق ثابتة لغيره، ولذا كان الصواب ما ذهب إليه الجمهور من جريان الميراث في ذلك الحق.

حقوق الاختصاص

١٧- وأما حقوق الاختصاص فهي في الواقع حقوق مالية بحتة لولا ما لابسها من الحظر الشرعي، ذلك لأنه يراد بحقوق الاختصاص ما يكون للإنسان من الحق في أن يضع يده على عين من الأعيان لينتفع بها بدون أن يثبت له ملك عليها لعدم قبولها التملك شرعا لعلة قامت بها، وذلك كما في وضع اليد على الزيوت النجسة لينتفع بها في الإضاءة مثلا وعلى السرجين «الفضلات النجسة» ليستعمل سمادا للزرع وعلى الكلب ليستعمل في الصيد والحراسة، فهذه الأعيان نهى الشارع عن تملكها لما فيها من النجاسة والأذى، ولكنه مع ذلك أباح الانتفاع بها، فكان من ذلك أن منع شرعا أن تكون محلا للمعاوضة والمبادلة فارتفع بذلك الملك عنها، وثبت لمن له اليد عليها حق سمي بحق الاختصاص، إذ له أن يمنع غيره عنها لسبق يده إليها. وإذن فهو حق

مالي يقبل في ذاته أن يكون محلا للمعاوضة لولا نهي الشارع، فكان له حكم الأموال في انتقاله بالوفاة إلى الورثة بطريق الميراث كما ينتقل كذلك بالوصية لأنها أخت الميراث. ذلك هو مذهب الشافعية والحنابلة، وخالفهم في عدم تملك الكلاب جابر وعطاء والنخعي ومالك فذهبوا إلى جواز تملكها وبيعها لورود الأثر بذلك، ولأنه لا معنى لجواز اقتنائها والانتفاع بها مع عدم جواز تملكها لأن الفرق بين الأمرين اعتباري لا ينبني على مثله اختلاف الأحكام شرعا، ولهذا خالف الحنفية في جميع هذه الأشياء ولم يقولوا بهذه الحقوق، ورأوا كل منتفع به شرعا مملوكا ما لم ينه الشارع عن ذلك كما في الخمر والخنزير.

حق الاحتجار:

ومما يشبه حقوق الاختصاص حق الاحتجار وهو يكون في الأرض الموات تعطى لشخص معين لقصد إحيائها، أو يأخذها شخص فيعمل فيها عملا في سبيل إحيائها يدل على سبق يده إليها، كأن يسورها أو يسوي عاليها بسافلها أو يقطع أشواكها أو غير ذلك فيثبت له بذلك حق وضع يده عليها مدة ثلاث سنوات ليتمكن من إحيائها فيها، فإن أحياها فيها ملكها، وإلا نزعت من يده لقوله ﷺ: «ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين». فإذا توفي المحتجر في أثناء المدة انتقل هذا الحق بوفاته إلى وارثه فيقوم مقامه فيه حتى يتم المدة عند الحنابلة، وخالفهم في ذلك الحنفية فقالوا إن هذا الحق يسقط بوفاة صاحبه ولا ينتقل بالميراث إلى ورثته ولهم حق الاحتجار من جديد إذ سبقت يدهم إلى الأرض.

حق قبول الوصية:

١٨- وأما حق قبول الوصية بعد وفاة الموصي فهو حق شخصي للموصى له عند الحنفية، لأن القبول أحد شطري العقد كما هو الشأن في جميع العقود، فيسقط بالموت ولا ينتقل به إلى ورثة من جعل له قبول العقد لأنه مبني على الإرادة والمشيئة، وما كان كذلك فشأنه السقوط بالموت إذ لا رغبة ولا مشيئة بعده. غير أن القول بسقوط هذا الحق وهو حق قبول الوصية بوفاة الموصى له ليس له أثر خارجي، لأن

الحنفية يرون أن الوصية تتم بالإيجاب من الموصى مع اليأس من أن يرده الموصى له، فإذا توفي الموصى له قبل أن يقبل أو يرد فقد تحقق اليأس من رده إياها وتمت بذلك الوصية، واعتبر الموصى به في هذه الحال ملكا للموصى له وجزءًا من تركته فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم يقسم الباقي بين ورثته على حساب نظام الميراث.

وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن الوصية لا تتم إلا بقبول الموصى له بعد وفاة الموصى فإذا مات قبل أن يقبل انتقل حق القبول إلى ورثته، قال القاضي أبو محمد الأبهري المالكي «إن حق القبول ينتقل إلى الورثة، ففي الوصايا من المدونة إذا مات الموصى له بعد موت الموصي فالوصية لورثة الموصى له علم بها أو لم يعلم، ولهم أن يقبلوها كحق الشفعة وحق خيار الشرط في انتقالها بالإرث»، وقال الشيخ أبوبكر الأبهري المالكي: لا ينتقل حق قبول الوصية للوارث بل يسقط بالموت ويرجع الموصى به إلى ورثة الموصي، وعن بعض المالكية أنه يثبت بإيجاب الوصي للموصى له حق في الموصى به يورث عنه إذا مات على أية حال ما لم يرد، وليس لورثته أن يردوا بعد موته، وإنما يثبت لهم الملك بدون قبول كما ذهب إليه الحنفية، وإذن فعند المالكية ثلاثة أقوال، أولها أقربها إلى قواعد المالكية.

وذهب الشافعية إلى أن الموصى له إذا مات بعد وفاة الموصي قبل أن يقبل أو يرد انتقل حق قبول الوصية إلى ورثته فلهم أن يقبلوها، وإذا لم يكن له ورثة قبلها الإمام بمقتضى ولايته، ويعتبر الموصى به حينئذ تركة للموصى له تقضى منه ديونه.

وفي كشاف القناع من كتب الحنابلة، إذا مات الموصى له بعد موت الموصي قبل أن يقبل أو يرد الوصية قام وارثه مقامه في القبول والرد لأنه حق ثبت للمورث فينتقل إلى الوارث لقوله ﷺ: «من ترك حقا فلورثته» وهو كخيار العيب، ولأن الوصية عقد لازم بعد الموت فلا تبطل بموت من له الخيار، كعقد الرهن أو البيع إذا شرط فيه الخيار لأحد العاقدين، فمات من شرط له الخيار فلا يبطل بل ينتقل الحق إلى الوارث، ولكل وارث من ورثة الموصى له حينئذ أن يقبل أو يرد في حظه من الوصية بحسب الميراث، فإن كان من الورثة من ليس له أن يتصرف لعدم تمام أهليته قام وليه في ذلك

مقامه، فيقبل ما فيه الحظ لموليه كسائر حقوقه، فإذا فعل ما ليس فيه الحظ والمصلحة له لم يصح أ هـ بتصرف.

ومن هذا يتبين أن حق قبول الوصية عند الأئمة الثلاثة تغلبت فيه ناحيته المالية على ناحيته الشخصية لأنه يتعلق بعين مالية أوصى بها وينتهي بتملكها فانتقل بذلك إلى الورثة عند الوفاة أما الحنفية فليسوا في حاجة إلى ذلك لما علمت من أن الوصية تتم عندهم بوفاة الموصى له قبل أن يقبل أو يرد إذ يعتبر ذلك كالقبول منه.

حق الشفعة:

١٩- وأما حق الشفعة فقد اختلف الرأي فيه، فذهب الحنفية إلى أنه لا يورث وأن الشفيع إذا توفي قبل أن يتملك العقار المشفوع فيه وهو العقار المبيع، سقط حقه في طلب تملكه بالشفعة ولم ينتقل هذا الحق بالوفاة إلى ورثته.

والشفيع لا يتملك العقار المبيع بناء على هذا الحق إلا بأحد أمرين، الرضا من المشتري إذا لم يعارض في الشفعة، والقضاء بها عليه إن عارض وأبى أن يسلم بها، ومرجع هذا الرأي عند الحنفية أن الشفعة حق شخصي يتعلق بشخص الشفيع، وليس إلا اتجاها لإرادته، ومظهرا من مظاهر رغبته فإن شاء طلب المبيع بالشفعة فأعطي له وإن شاء ترك فلا يسأل لم ترك؟ وليس للإرادة ولا للمشيئة بقاء بعد الوفاة، فينتهي بها ولا ينتقل بالميراث إلى الورثة، كحق الواهب في الرجوع في هبته، ينتهي أيضا بوفاته لأنه رغبة وإرادة، ولا يورث عنه، إذ لا يورث إلا ما يتركه المتوفى ويكون له وجود بعد الموت. ويؤيد هذا ما روي عن الشعبي قال سمعنا أن الشفعة لا تباع ولا توهب ولا تورث، وإلى هذا ذهب كل من سفيان الثوري وسفيان بن عيينة وأحمد في رواية عنه وإسحاق بن راهويه، وخالفهم مالك[1] والشافعي فذهبا إلى أنه حق يورث، فإذا مات الشفيع قبل ثبوت الملك له بالشفعة قام وارثه في هذا الحق مقامه، وكان له حق طلب الأخذ بالشفعة، ومبنى قولها أنه حق متعلق بالمال ومفض إلى تملكه، فإذا بيع عقار كان للشريك فيه حق في حصة شريكه هو أنه أولى بأخذه وتملكه من مشتريه،

(١) راجع الزرقاني.

فكانت جهة المال فيه من هذه الناحية غالبة لأنه ينتهي إلى تملك مال، وقد قال ﷺ: «من ترك حقا أو مالا فلورثته» ولا شك أن الشفعة حق يجعل الشفيع أولى بأخذ مال معين بسبب ما يملكه من عقار، فإذا مات انتقل ذلك العقار إلى ورثته بطريق الوراثة بما له من آثار ونتائج، إذ الإرث كما يثبت كذلك فيما هو تابع لها من حقوق، ومن توابع تلك الأعيان إذا كانت عقارا ما يتسبب عنها من ثبوت حق الأخذ بالشفعة. فيورث تبعا لها، وأما ما قاله الحنفية من أنه مشيئة تنتهي وتزول بالوفاة ولا بقاء له بعدها حتى تورث، فمنقوض بحق طلب القصاص والعفو عن القاتل عمدا إذ أثبته أبو يوسف ومحمد - رضي الله عنهما - للورثة بطريق الوراثة عن المقتول، وليس إلا إرادة ومشيئة، ولم يريا ذلك مانعا لهما من أن يقولا بوراثته، وإذن فتعلق الإرادة والمشيئة به لا يدل على عدم جريان الإرث فيه ولا يقتضي زواله وانتهاءه بالوفاة. بل الواقع عكس ذلك، لأن الإرادة لا تتعلق إلا بشيء له وجود وتحقق قبل تعلقها ألا ترى أن الشفيع لا يستطيع المطالبة بأخذ أي عقار يريده؟ وأنه لا يطلب إلا هذا العقار المعين الذي قام به حكم شرعي قبل أن يطلب، وهو أن هذا الشفيع أولى به من مشتريه إذا طلبه بناء على ما له فيه من شركة مثلا؟ فإذا مات الشفيع قبل أن يطلب لم تتغير حال العقار المبيع عما كانت عليه فيكون للوارث حق أخذه لقيامه مقام مورثه كما قدمنا، شأنه في ذلك شأنه في قيامه مقام مورثه في حق احتباس الرهن، لم يمنعه من ذلك أن حق احتباس الرهن ليس إلا إرادة للمرتهن ومشيئة له إن شاء تمسك به واحتبس وإن شاء ترك، ومع ذلك فهو حق موروث باتفاق. وإذن فالحق ما ذهب إليه مالك والشافعي وذهب أحمد بن حنبل في رواية أخرى عنه إلى أنه يورث إذا كانت وفاة الشفيع بعد طلبه الأخذ بالشفعة، وهو أيضا مذهب أبي محمد علي بن حزم إلا أنهما يختلفان في الأساس، فابن حزم يرى أن ملك الشفيع للعقار المطلوب أخذه بالشفعة يثبت بمجرد طلبه دون توقف على رضا المشتري، أو قضاء القاضي عند آبائه، فيقول إن الله - سبحانه وتعالى- لم يجعل شيئا من ذلك سببا لثبوت الملك للشفيع وإنما جعل للشفيع أن يتملك بحق الشفعة إذا طلب، فإذا طلب ملك إذن فالموروث عنده هو العقار المشفوع فيه لا حق الشفعة، أما أحمد فإنه يرى أن الحق يتقرر بالطلب ويثبت

متعلقا بالعقار المشفوع فيه وعند ذلك يورث ولا يسقط بالوفاة، ودليل ثبوته وتقرره بالطلب أنه بعد الطلب لا يسقط بتأخير المخاصمة ولا بتأخير التسليم، أما قبله فيسقط بتأخير الطلب عن وقته لعدم تقرره إذ لا يعلم أيطالب به الشفيع أو لا يطالب لأنه قد تركه، وإذن فهو غير متقرر وغير ثابت ثبوت استقرار قبل الطلب فيسقط بالوفاة إذا حلت في هذه الحال، أما بعد الطلب فإنه يصبح متقررا وعندئذ يصير من الحقوق التي يغلب فيها معنى المال فينتقل بالميراث.

هذا وقد أغفل الشارع في القانون المدني المعمول به في المحاكم الأهلية المصرية أن ينص على حكم حق الشفعة بعد وفاة الشفيع، أينتهي بالوفاة فيسقط أم يبقى فينتقل للوارث؟ ولذا اختلف العمل في هذه المحاكم كما اختلف في ذلك شارحو القانون، فقضت بعض المحاكم بانتقاله إلى الوارث عند الموت وقضى بعضها ببطلانه وانتهائه بالوفاة سالكا في ذلك مسلك الحنفية في أنه حق شخصي لا بقاء له بعد الموت فلا يورث، وكان من هذا الخلاف أن رفع الأمر إلى دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة فقررت في ٣ مايو سنة ١٩٣٠ أن حق الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل ثبوت الملك له بالتراضي أو بالقضاء متبعة في ذلك رأي الحنفية رغبة منها في عدم التوسع في هذا الحق بناء على أنه أمر استثنائي لا ينبغي التوسع فيه، ولكن محكمة النقض والإبرام خالفت هذا الرأي فقضت بجلسة ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ بانتقال حق الشفعة إلى الوارث بعد وفاة الشفيع، بانية حكمها على أن القوانين الوضعية ما أخليت من النص على بيان ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة، إلا لأن الأصل فيها جميعا أن تنتقل بالموت إلى الورثة بطريق الوراثة عدا ما كان خاصا بذات صاحب الخيار فإنه يسقط بالموت، ولذا نرى القانون المصري قد خلا من بيان حكم انتقال الخيارات الآتية إلى الوراثة وهي خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثي وخيار المدين في دفع ثمن الدين المبيع إلى مشتريه، كما خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفيع في الأخذ بالشفعة أينتقل إلى ورثته أو لا ينتقل؟ والقول الفصل فيها كلها أنها تنتقل قانونا إلى ورثة صاحب الخيار لأنها حقوق مالية يجري فيها التوارث كما يجري في أصلها. ثم قالت بعد ذلك في أسباب هذا الحكم ما

خلاصته: اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في توريث الحقوق، فذهبت جمهرتهم إلى أن الأصل فيها أن تنتقل بالميراث كما تنتقل الأموال إلا ما تبين لنا منها بالدليل أنه يفارق الأموال ويخالفها بسبب أنه مختص بذات المورث وشخصه كخيار الأب في استرداد ما وهبه لابنه، فإنه يرجع إلى صفة خاصة بصاحبه وهي الأبوة، فهذا النوع لا يورث، وذهب الحنفية إلى أن الأصل فيها أن تسقط بالوفاة ولا تنتقل بالميراث إلى الورثة إذ لا يورث إلا المال وذلك لقوله ﷺ: «من ترك مالا فلورثته» ويستثنى من ذلك ما تبين بالدليل أنه ملحق بالأموال في ذلك، وعليه فلا يورث شيء من الخيارات عندهم، وأما ثبوت كل من خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين عندهم للوارث، فليس ذلك لأنها حقوق انتقلت إليه بالوراثة عند الوفاة بل إنما تثبت له على اعتبار أن الذي انتقل إليه إنما هو أعيان التصقت بها حقوق فتبعتها في الانتقال، وذلك ما لا يمكن اعتباره وتقديره في حق الشفعة لأنها لا تتعلق بعين وإنما ترجع إلى محض إرادة الشفيع، وإذن فاختلاف فقهاء الشريعة في توريث الخيارات يرجع إلى ما يظهر لهم من حالها فمن ظهر لهم منها أنها صفة للعقد وأثر له وانقدح ذلك في نفسه، قال إنها تورث ومن ظهر لهم منها أنها صفة خاصة بذات صاحب الخيار وشخصه ولم تثبت إلا لصفة شخصية لصقت به وانقدح في نفسه ذلك قال إنها لا تورث، ومذهب الجمهور هو ما يلائم القانون المصري، فقد جرى على توريث الأموال والحقوق المتعلقة بها والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمزاعم والدعاوى وآجال الديون، فمن مات وعليه دين مؤجل لا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفادة المدين حال حياته فينتقل بعد موته إلى ورثته وراثة عنه، والمنافع المملوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه فيها ورثته، ولهذا لا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر أثناء المدة، ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء ومات قبل مضي ثلاث سنين حل وارثه محله في اختصاصه بها وأولويته بإحيائها، هذا كله صحيح في القانون وعند الجمهور من الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ما عدا الحنفية. انتهى من أسباب الحكم مع شيء من التصرف. وقد علمت أن أحمد مع الحنفية على رواية ومع المالكية والشافعية على

الرواية الأخرى بشرط أن يكون قد طالب الشفيع بحقه قبل فواته ولم أجد له رواية ثالثة مطلقة عن هذا الشرط فلعل المحكمة قد عثرت على ذلك - والنتيجة أن الرأي القانوني قد تردد بين الأخذ برأي الحنفية والأخذ برأي الشافعية، وإننا نميل إلى ما أخذت به محكمة النقض كما قدمنا لوجاهة مبناه وصحة مستنده.

الخيارات:

٢٠- وأما الخيارات فيرى الحنفية فيها أنها من الحقوق الشخصية التي لا تورث كحق الشفعة لا فارق بينهما، وإذن فخيار الشرط وخيار الرواية وخيار التعيين وخيار العيب وما أشبهها حقوق شخصية لأنها تتبع إرادة صاحب الحق ومشيئته ولا بقاء لها بعد موته، فلا تورث، حكمها حكم حق الرجوع في الهبة لا ينتقل بموت الواهب إلى وارثه. وأما ما يثبت منها للوارث فإنما يثبت له ابتداء لا بطريق الوراثة كما سيأتي بيانه، وبناء على ذلك فإذا اشترط البائع أو المشتري في عقد البيع الخيار لنفسه أو لغيره، ثم توفي قبل أن يختار إمضاء العقد أو فسخه أو توفي من اشترط له ذلك من الأجانب عن العقد قبل ذلك، فإن الخيار يبطل ويلزم العقد ولا يكون لوارث من اشترط له الخيار أن يفسخ العقد بعد ذلك، وكذلك إذا اشترى إنسان عينا لم يرها ثم توفي قبل رؤيتها لم يكن لوارثه حق ردها بخيار الرؤية، ويلزم العقد بوفاته.

وأما خيار العيب وهو حق رد العين المبيعة إذا وجد فيها عيب، وخيار فوات الوصف وهو حق رد العين المبيعة إذا وجدت على خلاف ما اشترط فيها من الصفات، وخيار التعيين وهو الحق الثابت للمشتري في تعيين ما اشتراه من ثلاثة أشياء معينة على الأكثر، فإنها تثبت للوارث بعد وفاة المورث ابتداء لا بطريق الوراثة والخلافة. وعلة ذلك أن سبب ثبوتها وتحققها يتصل بالوارث بعد الوفاة اتصاله بمورثه قبل الوفاة، ذلك لأنها تثبت للمورث لأسباب وعلل تحققت ووجدت فيما ملك، ألا ترى أن خيار التعيين يثبت له نتيجة لاختلاط ماله بمال غيره، فكان له حق تعيين ماله لوجود هذا الاختلاط والإبهام؟ وأن خيار العيب يثبت له نتيجة لضياع بعض ماله، لأن المبيع المعيب أقل ثمنا وقيمة من المبيع السليم، فضاع عليه بعض ما دفع من ثمن

بسبب العيب فكان له الحق في الفسخ محافظة على أمواله؟ وكذلك الحال في خيار فوات الوصف لأنه في رأيه نتيجة نقص فيما سلم إليه بسبب عدم توافر الصفات التي اشترطها في البيع، فإذا توفي من له خيار من هذه الخيارات الثلاثة حل وارثه محله، إما في ملك مختلط مع ملك غيره، أو في مال فات عليه بعضه، فتثبت له هذه الخيارات ابتداء لوجود هذه الأسباب لا بطريق الوراثة والخلافة عن المورث، مثلها في ذلك مثل حق طلب القصاص والعفو عن القاتل عمدا يثبت لورثة المقتول ابتداء عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى -، وأما ما قد تجده في بعض كتب الفقه من عبارات تدل على أن ثبوت هذه الخيارات للوارث عن طريق الوراثة، فإن مرجعه عدم الدقة في التعبير وذلك لعدم ترتب أي أثر عملي على ثبوتها ابتداء أو بالوراثة، ولعلهم قد راعوا أن ثبوت هذه الخيارات الثلاثة للورثة إنما كان لتملكهم حصة من التركة تحققت فيها أسباب ثبوتها، وقد انتقلت إلى الوراثة بما استتبعه من حقوق كما انتقل إليهم حق إقالة عقد البيع بانتقال المبيع ملكا إليهم بطريق الوراثة فكان في انتقاله تابعا لمحله لا موروثا، ولذلك يثبت للوصي إذا ما رأى مصلحة ومنفعة في الإقالة[1].

ويرى أبو محمد علي بن حزم أن الخيارات لا تقبل الانتقال إلى الورثة بطريق الميراث لما بيّنا من وجهته فيما مضى، بل ولا تثبت كذلك للورثة بعد وفاة مورثهم مطلقا ولو بطريق الابتداء، لأنها عنده آثار عقد أوجبها لأحد طرفيه فلا تتجاوز طرفيه إلى غيرهما لأن العقد إذا تم بين شخصين اقتصرت آثاره عليهما، ولم يكن لغيرهما فسخه.

وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن كلا من خيار التعيين وخيار الغيب وما في معناه كخيار فوات الوصف، ينتقل بالميراث إلى الوارث لأنها حقوق مالية لتعلقها بالأموال وقد قال ﷺ: «من مات عن حق فلورثته» وأما ما يقوله بعض الحنفية من أنها تثبت للوارث ابتداء بسبب انتقال المال الذي تعلقت به إليه بطريق الميراث، فليس له في الواقع معنى إلا أنها تثبت للوارث بطريق الإرث؛ لأنه إذا كان انتقال المحل وهو المال المتعلقة به تلك الحقوق أو المسببة عنه إلى المورث، إنما كان بطريق الإرث فكذلك

(١) راجع الفتح ص٥ ن ٢٥١.

ما استتبعه لأن هذا المال يعتبر كالمحل لها فإذا انتقل بالإرث انتقل بها تحمل واستتبع، فكان انتقال هذه الحقوق بطريق الإرث كذلك تبعا لانتقال المال، ولا يضير أن يكون انتقالها قد تم بطريق التبعية.

وكذلك الحكم في خيار الشرط عند الشافعي ومالك لأنه حق مالي يثبت نتيجة لعقد معاوضة مالية فيقوم الوارث فيه مقام مورثه خلافا لأحمد - رضي الله عنه - فقد ذهب إلى أنه لا يورث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته حتى يتعلق بالمال على وجه مقطوع مستقر، أما إذا لم يختر قبل الوفاة فلا يورث ويسقط بالموت ويلزم العقد، مثله في ذلك مثل خيار المجلس لا يورث لأنه لا يعدو أن يكون إرادة ومشيئة رخص فيها لأحد العاقدين فإذا توفي انتهى ذلك الترخيص.

ولشهاب الدين القرافي كلمة بينة يستنير بها هذا الموضوع ذكرها في فروقه آثرنا أن نلخصها لما لها من فائدة قال ما خلاصته: لما كان خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة وحق القصاص وحق حبس الرهن، وحق حبس المبيع بالثمن، وخيار من له حق الغنيمة يقتسمها المسلمون المقاتلون فيموت قبل أن يختار حظه منها بعد القسمة، لما كان جميع ذلك من الحقوق المتعلقة بالأموال قطعا انتقلت إلى الوارث بموت من تثبت له عند الأئمة وجمهور العلماء، ولما كان خيار الشرط وحق الشفعة، وحق قبول الوصية إذا توفي الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، وحق الإقالة وحق قبول البيع بعد وفاة من أوجب له البائع ونحو ذلك، لما كان كل هذا مترددا بين كونه صفة وأثرا للعقد - ومقتضى ذلك أن يورث - وبين أن يكون صفة خاصة بالعاقد- ومقتضى ذلك ألا يورث - اختلف رأي الأئمة في ذلك، فذهب مالك إلى انتقاله إلى الوارث بطريق الإرث، لأنه أثر من آثار العقد فينتقل معه تبعا له، فيكون للوارث بعد موت مورثه من الخيار مثل ما كان لمورثه، كما هو الشأن في خيار العيب وخيار التعيين وأمثالها مما تقدم، وإلى هذا ذهب الشافعي ما عدا حق الإقالة وحق قبول البيع بعد وفاة من أوجبه له البائع فلا ينتقل هذان الحقان عنده إلى الوارث بل يسقطان بالموت، وذهب أبو حنيفة وأحمد بن حنبل في رواية عنه إلى عدم قبوله الانتقال إلى الوارث

ميراثا عند الموت، ما عدا حق الإقالة فإنه يثبت للوارث عند أبي حنيفة وإن كان ثبوته بطريق الابتداء، وما عدا حق قبول الوصية عند أحمد فإنه ينتقل إلى الوارث.

استدل أبو حنيفة ومن رأى رأيه على مذهبهم بثلاثة أدلة:

الأول: أنها صفات للعاقد لأنها متعلق إرادته ومشيئته فتبطل بموته كما تبطل صفاته، شأنها في ذلك شأن حق الأب في أن يرجع في هبته لولده، فإنه يبطل بالموت عند مالك والشافعي لذلك.

الثاني: أنها كالآجال في الديون تبطل بوفاة المدين ولا ينتقل الحق فيها إلى الورثة.

الثالث: أن العقد قد تم على أن يكون رهنا بإرادة واحد معين فلا يتعدى ذلك الحكم إلى غيره من ورثته.

وقد دفع الدليل الأول بأن هذه الخيارات وإن تبعت إرادة العاقد وصارت بذلك صفة له، إلا أنها صفة متعلقة مع ذلك بالأموال فتنتقل إلى الوارث بانتقال ما تعلقت به تبعا له، بخلاف حق الأب في الرجوع فيما وهب لولده فإنه إنما ثبت له لمعنى خاص فيه هو أبوته، ولذا لم يثبت لكل واهب، وهذا المعنى منتف في الوارث. ودفع الدليل الثاني بأن الأجل معناه تأخير المطالبة بالدين الشاغل للذمة ولا يتأتى ذلك بالنسبة لوارث المدين لأنه غير مدين فهو غير مطالب بالدين باعتباره شاغلا لذمته، فكان صفة خاصة بالدين ينتقل معه، ولذا يورث الدين المؤجل مؤجلا كما تقدم فلا يكون لوارث الدائن حق في المطالبة به قبل الأجل أما وارث المدين فغير ملتزم شخصيًّا بالدين فلا يرثه ولا يرث أجله. ودفع الدليل الثالث بأنه منقوض بخيار التعيين إذ قد أعطي لغير من شرط له وهو الوارث أ هـ ملخصا، وأما خيار الرؤية فليس له وجود عند الأئمة الثلاثة لأن العقد يلزم بافتراق المتعاقدين عندهم أي بانتهاء خيار المجلس ما لم يشترط خيار أو يطلع على عيب.

والذي يتجه عندي من هذه الآراء ثبوت هذه الخيارات كلها للوارث وراثة عن المورث، لأن معنى المالية فيها غالب، إذ إنها حقوق تثبت بناء على عقود معاوضات

التزم الطرفان بها وبآثارها. وقد روعيت تلك الآثار في تحقق الرضا وانبنى عليها الالتزام، فوجب أن نأخذ حكم الأموال في انتقالها إلى الورثة بالوفاة، وإلا كان في سقوطها بالموت ضرر بأحد الطرفين ونفع للآخر من غير مقابل بل لمجرد المصادفة والحظ، وذلك ما لا يرضاه المشرع الحكيم.

حق القصاص والعفو عنه:

٢١- وأما حق القصاص[١] والعفو عن القاتل عمدا فقد اختلف فيه الرأي فذهب أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد في رواية عنهما إلى أنه يثبت للورثة بطريق الإرث عن المورث، لأنه حق ثابت أوجبته الجناية، والجناية إنما وقعت على نفس المقتول، فكان موجبها وهو القصاص حقا له ابتداء، إلا أنه بالموت قد عجز عن استيفائه بنفسه، فيقوم الوارث فيه مقامه بطريق الميراث، ولأن القصاص كذلك عوض عن النفس التي جنى عليها فكان فيه معنى المال لقيامه مقام العوض والدية، ولذا صح الاعتياض عنه بالمال صلحا فيجوز للوارث أن يتركه مقابل مال يتفق على مقداره، فعد لذلك من الحقوق المالية، وإذن يكون الملك فيه أولا لمن كانت له النفس ملكا وهو المجني عليه، ثم ينتقل عنه إلى ورثته انتقال المال، ومن ذلك صح عفوه عن القاتل بعد الجناية عليه قبل الموت، وذلك أمارة ثبوته له أولا، إذ لا يصح التنازل عن شيء ليس له وإنما هو لغيره، وبناء على ذلك فحكمه عندهم حكم الدية وجميع ما يتركه المورث من أموال، فتجرى فيه حقوق الورثة كلهم على قدر سهامهم بحسب الميراث من نصف وثلث وربع وسدس، وينتقل كذلك بوفاة بعض الورثة قبل قيامهم باستيفائه إلى من يرثهم من أولاد وأقارب، فيشاركون فيه ورثة المقتول بقدر ما كان لمورثهم من سهام.

وقد اعترض على هذا الرأي بأنه لو كان صحيحًا ما صح من وارث المجني عليه قبل وفاته عفو، ولكنه روي عن الصاحبين، أنه إذا عفا وارث المجني عليه قبل أن يقضي نحبه عن القاتل صح عفوه، ولو كان ذلك الحق ثابتا له بطريق الوراثة عن المقتول لم يصح، لأنه يكون حينئذ عفوا ممن ليس له فيه حق، إذ لا ميراث إلا

(١) القصاص، هو قتل النفس بالنفس.

بعد الوفاة، وأجيب عن ذلك بأن صحة عفو الوارث في هذه الحال إنما أتت بطريق الاستحسان فقط مبادرة إلى تحقيق هذا الفضل وتلك المنة التي حض عليها الشارع ورغب فيها، وذلك اكتفاء بتحقق سبب القصاص وهو الجناية بالجرح، وذلك كثير في الشرع كما في أداء الزكاة عند تحقق النصاب وقبل مضي الحول، فإنه يجزي عن الزكاة المفروضة، ولما تجب، إذ لا وجوب لها إلا بمضي الحول اكتفاء بتحقق سبب وجوب الزكاة وهو ملك النصاب عن مضي الحول.

وقد روي عن الشافعي أنه إنما يثبت للوارث نسبًا لا للوارث سببًا فلا يثبت لأحد الزوجين لانقطاع السبب بالموت وهو الزوجية وروي عنه أيضا أنه إنما يثبت للعصبة؛ ذلك لأنه إنما ثبت لدفع العار عنهم فيختص به العاصب لأنه هو الذي يمسه العار دون غيره، وهذا الرأي كرأي المالكية إذ إنهم يثبتونه ابتداء لأقرب عاصب ذكر من ناحية النسب فيجعلونه للابن ثم لابن الابن فيجعلونه للعاصب الأقرب من جهة الأبوة ثم للعاصب الأقرب من جهة الأخوة وهكذا لا يخرج عن نظام الميراث في شيء إلا الجد دنية مع الإخوة فإنهم سواء، ذكر ذلك ابن القاسم وفي هذا الموضوع روايات متعددة وتفصيلات وتفريعات يطول بنا ذكرها وليس من المفيد استقصاؤها لأنه لا عمل بها اليوم.

وهذه الأحكام بالنسبة لورثة المقتول، أما إذا توفي أحد هؤلاء الأولياء فإن حقه ينتقل إلى ورثته جميعًا فيقومون مقامه فيما كان له، لا فرق بين ذكر وأنثى فإن كان له حق العفو كان ذلك لهم وإن كان له حق في القود فقط كان ذلك لهم[1].

وذهب أبو حنيفة - رحمه الله - وأحمد في أشهر الروايتين[2] عنه إلى أن هذا الحق يثبت لوارث المقتول ابتداء لا وراثة عن المقتول، لأن القصاص إنما شرع للتشفي، ولا يكون التشفي إلا للورثة، ولأنه أيضا لا يستحق ولا يجب إلا بعد زهوق الروح حتى يتحقق الموجب له وهو القتل، والمقتول بعد زهوق روحه ليس أهلا لاستحقاق شيء حتى يثبت له القصاص ثم ينتقل بعد ذلك إلى ورثته بطريق الإرث إذا مات. ولهذا

(١) راجع الزرقاني والباجي على الموطأ.
(٢) راجع القواعد لابن رجب.

أثبت أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - القصاص وحق العفو كاملا لكل وارث بطريق الخلافة عن المورث لا بطريق الوراثة. ومعنى الخلافة أن السبب في ثبوت القصاص وهو الجناية على النفس يتحقق موجبا لأثره في الوارث ابتداء باعتبار أنه خليفة المجني عليه، وذلك كالعبد يباشر سبب التملك من شراء واستيهاب فينعقد هذا السبب موجبا لذلك ابتداء لسيده، وكالوكيل يباشر عقد الشراء فيثبت الملك للموكل بذلك عند تصرف الوكيل ابتداء خلافته عنه، غير أنه قد ذهب إلى أن لكل وارث أن يعفو عن القاتل، لأن ذلك حقه فإذا عفا أحد الورثة عنه لم يسقط ذلك العفو ما لبقية الورثة من حق - وإن سقط بسبب عفوه القصاص - وذلك لأن لكل وارث أن يتصرف في حقه استبقاء وإسقاطا بالعفو أو بالصلح لأنه تصرف في خالص حقه، فإذا ما أسقط وارث حقه في القصاص بالعفو عن القاتل سقط حق الباقين فيه، ضرورة أنه لا يتجزأ، وعندئذ ينقلب حق باقي الورثة مالا فيكون لمن بقي منهم حصتهم في الدية على حسب المواريث في ثلاث سنوات من مال القاتل على القول الصحيح لا تؤخذ من عاقلته خلافا لبعضهم.

هذا وقد ذكرنا أن ثبوت حق القصاص لكل وارث إنما هو بطريق الخلافة والنيابة عن المورث المجني عليه، فساغ أن يقوم به كل وارث ويطالب به كاملا دون توقف على مشاركة غيره له من الورثة، لأنه إنما يقوم به نيابة وخلافة عن المورث كأنه المورث المجني عليه، فإذا عفا لم يكن لغيره من الورثة أن يطالب به، لأنه إنما يعفو كذلك بطريق الخلافة أيضا، فينفذ على باقي الورثة؛ وبهذا يندفع ما قد يقال إن عفو أحدهم لا يكون مسقطا لحق الباقين في المطالبة بالقصاص استقلالا فيجب أن يبقى حقهم فيه فيستوفيه ويطالب به من لم يعف من الورثة، لأن ذلك هو النتيجة المنطقية لثبوت حق المطالبة بالقصاص كاملا لكل وارث، فيستقل به أي وارث كما يستقل بتزويج الصغيرة أي ولي قريب على الرغم من معارضة الأولياء الآخرين وعدم رضاهم عن هذا الزواج، غير أنه لما كان لكل وارث أيضا أن يعتاض عن حقه في القصاص بالمال، وهذه ناحية مالية لا ينفذ فيها قول الإنسان وتصرفه على غيره إلا بولاية شرعية، وليست هذه الولاية لأي وارث على باقي الورثة، وجب ألا يعتبر هذا

العفو مسقطا لما لباقي الورثة من الحق في هذه الناحية، وإن تبقى لهم حقوقهم فيها مع عفو غيرهم من الورثة، وهذه الحقوق إذا تحققت بوجود المال وهو الدية كانت خاضعة في مقاديرها لنظام الميراث شأن كل مال يتركه المورث، فإذا عفا أحد الورثة عن القاتل كان لمن لم يعف أن يطالب بحقه من الدية على حسب الميراث يأخذه من القاتل كما بين للسبب الذي ذكرناه.

وإذا توفي أحد الأولياء قبل استيفاء القصاص انتقل ذلك الحق عنه بطريق الوراثة إلى ورثته عند أبي حنيفة كما هو رأي صاحبيه فيقوم ورثته مقامه فيما كان له من حق على حسب الميراث(١).

حق الغزاة في الغنائم:

٢٢-وأما حق الغزاة في الغنائم فإنه لا يعدو حالا من حالين، إحداهما أن يكون حصة مملوكة من الغنيمة مفرزة كانت أو شائعة، الثانية أن يكون حق تملك فيها فقط. فالحال الأولى لا تكون إلا بعد ثبوت ملك الغزاة للغنيمة فعلا، وقد اختلفوا فيما يثبت به هذا الملك، فذهب أحمد بن حنبل ومالك والشافعي في رواية عنهما إلى أن ملك الغزاة للغنيمة يتم بالاستيلاء عليها وإحرازها، لأنها مال زال ملك الكفار المحاربين عنه بالاستيلاء عليه فصار كالمباح تسبق إليه اليد، فيتم تملكه بإحرازه، وروي عن مالك أنه لا يتم إلا بقسمتها. وروي عن الشافعي روايتان أخريان إحداهما أن تمام تملكها بالاستيلاء عليها موقوف أمره، فإن سلمت حتى قسمت ظهر أن الغزاة قد تملكوها منذ أحرزوها، وإن تلفت أو أعرض الغزاة عن أخذها ظهر أنهم لم يتملكوها، الثانية أن ملك الغزاة للغنيمة لا يتم إلا بأحد أمرين: الأول قسمتها ولو بدار الحرب، الثاني اختيار تملكها بأن يقول كل غاز بعد الحيازة وقبل القسمة: «اخترت ملك حصتي منها» فيملك كل منهم نصيبه فيها بذلك وهذه أشهر الروايات عند الشافعية.

وذهب الحنفية إلى أن ملك الغزاة للغنيمة لا يتم إلا بقسمتها في دار الإسلام، سواء أنقلت إلى دار الإسلام فقسمت بها أم تحولت الدار التي أحرزها فيها الغزاة إلى

(١) راجع الدر المختار وحاشيته رد المحتار في باب الجنايات.

دار إسلام فقسمت حيث هي، وبناء على ذلك فما للغزاة في هذه الحال مال مملوك يرثه ورثته إذا توفي عنه.

وأما الحال الثانية وهي أن يكون للغزاة في الغنيمة حق التملك فقط، فإن ذلك يكون عند تحقق سببه، وقد اختلف الفقهاء أيضا في هذا السبب، فذهب الحنفية إلى أن هذا الحق يثبت للغزاة بأخذ الغنيمة والاستيلاء عليها ولكنه يكون عند ذلك ضعيفا، وآية ضعفه عندهم جواز الإطعام منها لكل غاز بلا ضرورة وعدم محاسبته على ذلك، ثم عدم ضمانه لما أتلف منها حينئذ، ولا يتأكد هذا الحق إلا بإحرازها في دار الإسلام سواء أتم ذلك بنقلها إلى دار الإسلام أم بتحول الدار التي تم الاستيلاء عليها فيها إلى دار إسلام، أو بقسمتها في دار الحرب، أو ببيع الإمام لها عن اجتهاد منه فيها، وإذن فحق الغازين في الغنيمة يشبه حق الشفعة. فحق الشفعة يثبت بالبيع، ويتأكد بالطلب، ويتم الملك فيه بالأخذ، وكذلك حق الغزاة يثبت بالاستيلاء عليها ويتأكد بإحرازها في دار إسلام إلى آخر ما ذكرنا ويتم الملك بالقسمة كما قدمنا.

وذهب مالك - رضي الله عنه - إلى أنه يثبت للغازي باشتراكه في القتال الذي أخذت بسببه الغنيمة، فمن لم يشترك فيه على أية صفة كانت لم يكن له في الغنيمة هذا الحق، وذهب الشافعي - رضي الله عنه - إلى أنه يثبت بشهود القتال على أي وجه إلى حين انقضائه. وهو رواية عن أحمد بن حنبل - رضي الله عنه -، والرواية الأخرى عنه أن الغازي ليس له في الغنيمة إلا التملك بالإحراز، أما قبله فليس له فيها من حق، واقتصر على ذلك صاحب المغني كما اقتصر على الرواية الأولى صاحب المقنع، وذهب ابن حزم إلى أن من شهد شيئا من القتال الذي كان سبب الغنيمة أو شهد شيئا من جمع الغنيمة فحقه فيها يورث عنه ومن لم يشهد من ذلك شيئا فلا حق له فيها[1].

وبناء على ما تقدم فإذا مات الغازي قبل أن يملك وبعد أن يثبت له حق التملك على الوجه الذي ذكرناه فإن هذا الحق ينتقل بوفاته إلى ورثته، لأنه حق مالي كما هو بين، غير أنه لا ينتقل عند الحنفية إلا إذا تأكد بعد ثبوته بإحرازه في دار إسلام أو بقسمته في دار حرب أو ببيع الإمام للغنيمة كما قدمنا، فإذا توفي بعد هذا قام وارثه

(١) راجع المغني ص٧ ن ٣٤٢.

مقامه وأعطى إليه سهمه ميراثا عنه وإذا توفي قبل هذا التأكد سقط حقه في الغنيمة لضعفه فلا يورث عنه، وعلى رأي مالك - رضي الله عنه - من مات قبل القتال فلا سهم له ولا يورث عنه، ومن مات بعد القتال ولو قبل إحراز الغنيمة فسهمه لورثته، ولو كانت غنيمة بعد غنيمة فللوارث سهمه فيما تتابع من الغنائم، أما إن رجع الغزاة قافلين ثم عادوا ففتحوا فليس لوارثه حق فيما غنموه بعد الرجوع، وعلى رأي الشافعي - رضي الله عنه - لو مات الغازي بعد انقضاء القتال وقبل حيازة الغنيمة فسهمه لورثته لما قدمنا، أما لو مات في أثناء القتال قبل حيازة الغنيمة فلا شيء لورثته، لأنه لم يشهد القتال إلى انقضائه، وخالف في هذا ابن حزم فجعل سهمه لوارثه لأنه شهد القتال بوجه، وعند أحمد - رضي الله عنه - لو مات قبل حيازة الغنيمة لا شيء لوارثه على إحدى الروايتين عنده وعلى الرواية الأخرى إذا مات بعد أن شهد القتال الذي أحرزت الغنيمة بسببه وبعد انقضائه كان له سهمه، وإن توفي قبل انقضائه لم يكن له فيها حق[1].

حق الموقوف عليه في الوقف:

٢٣- وأما حق الموقوف عليه في الوقف فتارة يكون إباحة وذلك فيما إذا جعل الواقف للموقوف عليه حق الانتفاع بنفسه فقط كسكنى المدارس أي النزول في بيوتها وكالنزول في الربط وما أشبه ذلك وقد تقدم هذا وتقدم حكمه وأن الحق فيه ينتهي بموت صاحبه، وتارة يكون تملكا، وفي هذه الحال قد يكون منفعة كما في الوقف على الأولاد ينتفعون كما يشاءون، وقد يكون جزءًا من الريع كما في الوقف على أرباب الشعائر والوظائف إذا جعل لهم مرتبات شهرية من المال وحصلت وفاة أحدهم بعد انقضاء مدة من الشهر، وقد يكون أعيانا مالية كما في وقف بستان، على أن تكون ثمرته في مدة معينة لشخص معين فيموت بعد ظهور الثمرة وصلاحها، وهكذا، والموقوف عليه حينئذ إما أن يكون من أرباب الشعائر والوظائف كالإمام في المسجد والمدرس في المدرسة والمسجد أولا كأحد الذرية الموقوف عليهم مثلا، فإن كان من أرباب الوظائف فمات قبل أن يستوفي استحقاقه عن مدة ماضية، فقد اختلف الحنفية

(١) راجع كشاف القناع ص١ ن٦٧١، ن٦٨٤.

في حقه عن هذه المدة، فذهب بعضهم إلى أنه حق ضعيف يسقط بالموت ولا يورث عنه لشبهه بالصلة فصار كرزق القاضي في بيت المال إذا مات قبل أن يتسلمه يسقط بموته ولا ينتقل إلى ورثته، وذهب آخرون منهم إلى أنه حق قوي متأكد شبيه بالأجرة على العمل فينتقل بالموت إلى الورثة ولا يسقط، وبهذا القول جزم بعض المؤلفين من الحنفية وذهب إليه الطرسوسي فقال إنه يورث عنه بقدر ما باشر من وظيفته، سواء أظهرت غلة الوقف أم لم تظهر، فهو كدين على الوقف لأنه في مقابلة عمل فيستحقه على الوقف، والدين ينتقل بموت الدائن إلى ورثته، وهذا ما يجب الأخذ به لقوة مبناه وهو رأي الشافعي[1]، وإنما قلنا إنه كالدين ولم نقل إنه دين حقيقة عند الحنفية لأنهم يقولون بسقوطه عند حاجة الوقف إلى العمارة الضرورية وعدم وجود غلة، ولو كان دينا حقيقة ما سقط، وإن لم يكن الموقوف عليه من أرباب الوظائف فإن كان لما يستحق - لأن وقت استحقاقه لم يأت، كأن جعل استحقاقه بعد وفاة شخص معين ولا يزال هذا الشخص حيًّا، ومات على هذه الحال - فليس لوارثه شيء كما سيأتي لأنه لم يملك إلا منفعة مستقبلة ولا وجود لها قبل أوانها فلا يترك شيئا يورث عنه، وإن حل زمن استحقاقه فمات قبل أن تظهر غلة أعيان الوقف فكذلك الحكم، فلا يكون لورثته شيء في الغلة بعد ظهورها، لأن حقه فيها لم يتأكد فيسقط استحقاقه في الغلة بموته، وإلى هذا أيضا ذهب الشافعية كما يؤخذ من كلام الرملي في نهاية المحتاج من باب الوصية، وإن مات بعد ظهور الغلة وقبل أن يقبضها الناظر على الوقف، فإن حقه فيها ينتقل حينئذ إلى ورثته لأنه حق مالي قد تأكد بظهور الغلة فتكون حصته منها لورثته بعد صلاحها، ومناط ظهور الغلة يختلف باختلاف حال الانتفاع بالأعيان الموقوفة، فإن كانت مؤجرة فمناط ظهور غلتها مختلف فيه، فذهب بعض الحنفية ومنهم هلال إلى أن مضي أي وقت من مدة الإجازة يترتب عليه وجوب أجرته على المستأجر وثبوتها في ذمته مقابل ما استوفى من منافع ذلك الوقت، فتعتبر أجرته حينئذ ظاهرة ويتأكد بذلك حق المستحقين فيها وإلى ذلك ذهب الشافعي كما نص عليه الشبراملسي[2]. وذهب آخرون ومنهم الكمال بن الهمام إلى أن المناط في هذه الحال

---

(١) راجع الشبراملسي على المنهاج ص٥ ن٣٨٧.

(٢) في كتاب الوقف، ص٥ نمرة ٣٨٧.

حلول وقت دفع الأقساط المتفق عليها، فكلما حل أوان دفع قسط من الأجرة اعتبر ذلك القسط ظاهرا، بناء على أنه لا يطالب به إلا بعد حلول وقته، فلا يتأكد فيه حق المستحقين إلا إذا حل وقت المطالبة به، أما قبله فلا يجوز المطالبة به فلا يعتبر حينئذ ظاهرا، وعلى ذلك فمن مات من المستحقين قبل حلول أوان دفع القسط الأول من الأجرة، كان لورثته على الرأي الأول حصته من أجرة المدة الماضية ولم يكن لورثته شيء ما من الأجرة على الرأي الثاني بل يسقط حقه فيها بالموت، وأما إذا كانت أعيان الوقف مزروعة فمناط ظهور الغلة حينئذ ظهور الحب والثمرة وإن لم يبد صلاحها، وهذا هو رأي الحنفية، وذهب كثير من المالكية وبعض الشافعية إلى أن العبرة بأبرها فإن مات المستحق بعد إبرها كانت الثمرة ملكا له وورثها ورثته من بعده، وإن مات قبل أبرها لم يملكها فلا يستحق ورثته فيها شيئًا ويسقط استحقاقه فيها بالموت، وقال بعض الشافعية إذا مات الموقوف عليه وقد برزت ثمرة النخل فهي ملكه وكذلك إذا مات وقد حملت الدابة فالحمل له، وإذا زرعت الأرض فالزرع لصاحب البذر، فإن كان البذر للموقوف عليه كان الزرع لورثته، ولمن بعده من المستحقين أجرة بقائه في الأرض بعد موته حتى ينضج، وإن لم يكن له كان للموقوف عليه أجرة الأرض في المدة التي مضت وهو حي وكان الزرع يشغلها فيها، وانتقلت هذه الأجرة إلى ورثته بموته ميراثا عنه، وأما على رأي الحنفية فالمناط كما تقدم هو ظهور الغلة وإن لم يبد صلاحها، وهو يتفق مع رأي الشافعية الثاني، ولا يتفق مع رأيهم الأول الذي ذهب إليه المالكية وهو أن العبرة بأبرها، إذ قد تظهر الغلة ولا يحين بذلك أوان أبرها، وعليه فمن مات من المستحقين قبل ظهور الحب أو الثمرة فلا شيء لورثته عند الحنفية وبعض الشافعية، ومن مات منهم بعد ظهورها كان لورثته حصته منها، وأما إذا كانت وفاة المستحق بعد أن قبض ناظر الوقف الغلة وقبل أن يقسمها، فإن حصته من الغلة المقبوضة حينئذ تكون ملكا له فتنتقل إلى ورثته، وذلك لأن المستحقين يتملكون أنصباءهم من ريع الوقف بقبض الناظر له، وتعتبر يده حينئذ يد أمانة، وإذن فحقهم حينئذ في الوقف أعيان مالية لا شبهة في انتقالها بالإرث إلى الورثة، غير أن تملك المستحقين بقبض الناظر للغلة إنما يتم إذا كانوا معينين كالوقف على الأولاد أو على

فلان وفلان أو على هؤلاء، أو كانوا معينين بالوصف ولكنهم محصورون، كالوقف على فقراء بلدة كذا «وكانوا أقل من مائة» فإن زادوا عن المائة أو كان الوقف على الفقراء جملة أو على طلبة العلم مثلا جملة لم يثبت لهم ملك في الغلة إلا بتسلمها من الناظر إذ للناظر أن يعطي من يشاء منهم في هذه الحال وأن يمنع من يشاء وأن يفاضل بينهم.

المنافع:

٢٤- وأما ما كان يملكه المتوفى من المنافع حال حياته فقد يكون سبب تملكه الإجارة[١] أو الإعارة[٢] أو الوصية[٣] له أو الوقف عليه[٤] وعلى أية حال كان السبب في تملكها فإنها لا تقبل التوارث ولا يحل الوارث فيها محل مورثه عند الحنفية ما دامت منفعة مجردة لم تنقلب إلى حق تملك في أعيان قائمة أو في دين مستحق، وسواء في ذلك ما إذا كان تملك المورث لها قد أقت بمدة أو أبد أو أطلق عن ذلك، أما إذا انقلبت المنفعة إلى حق تملك في أعيان قائمة أو في دين مستحق فإن هذا الحق يصبح قابلا للتوارث وذلك ما قدمناه من ثبوت حق الموقوف عليه في تملك الغلة الظاهرة أو فيما استحق على المستأجر لأعيان الوقف من أجرة عن المدة الماضية، وقد بينا أن ذلك ينتقل بوفاة صاحبه إلى ورثته على الوجه الذي ذكرناه قريبًا.

وقد ذهب الحنفية هذا المذهب لما رأوه من طبيعة المنفعة، فإنهم يرونها أعراضًا لا بقاء لها ولا استقرار، تتجدد بتجدد الزمن، وتحدث بحدوث أجزائه، وتتغير بتغير أوقاتها. فمنفعة أي عين في وقت معين تنقضي بانتهاء ذلك الوقت، وتتجدد لها منفعة أخرى بحلول وقت آخر، وانتفاعك بكتاب مثلا بقراءتك فيه الساعة، غير انتفاعك به بقراءتك فيه ساعة أخرى، وسكناك دارا هذا اليوم غير سكناك إياها يوما آخر وهكذا. وإذا كانت المنافع كذلك غير باقية ولا مستقرة، فليس في الإمكان إحرازها،

(١) الإجارة تمليك المنافع بعوض.
(٢) الإعارة تمليك المنافع بلا عوض في الحال.
(٣) الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد موت المالك.
(٤) الوقف حبس العين عن أن تملك لأحد والتصدق بمنفعتها أبدا ولو مآلا.

وما لا يمكن إحرازه لا يمكن أن يعد من الأموال، ولا يتصور فيه التوارث، لأن التوارث إنما يكون فيما يتركه المتوفى من مال أو حق مالي له حكم المال كما قدمنا لقوله ﷺ: «من ترك مالا فلورثته» ولا يتأتى ذلك إلا فيما له وجود محقق عند الموت ومستمر إلى ما بعد الموت، حتى يكون ملك المورث باقيًا إلى آخر لحظة من حياته، ثم يعقبه مباشرة ملك ورثته بطريق الوراثة، فيتعاقب الملكان على شيء واحد مستمر الوجود في الوقتين، وقت انتهاء ملك المورث، ووقت تحقق ملك الوارث، كما هو الرأي المعول عليه، وهذا لا يمكن في المنافع على العموم، لأن ما كان يملكه المورث من المنافع في آخر لحظة من حياته ينتهي وينمحي بانتهاء وقته، فإذا مات المورث انقضى ما كان يملكه من منفعة، ثم تجددت بعد موته منافع أخرى ليست مملوكة له، لأنه لا يعقل أن يتملكها قبل وجودها، ولا أن يتملكها حين وجودها بعد وفاته، لأن المعدوم لا يملك (بفتح اللام) إذ الملك من صفات الموجود ولأن المتوفى ليس أهلا لأن يملك، إذ الملك من خواص الحي وإنما تتبع المنفعة في الملكية أصلها وهو العين، فهي ملك لمالك العين، أو بعبارة أوضح لمن انتقلت إليه ملكية العين، يملكها تبعا لتملك مصدرها ومنشئها، ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون مالك المنفعة قد تملكها بعقد إجارة أو بعقد إعارة أو بعقد وصية أو الوقف عليه، فتملكه لهذه المنافع على أية حال ينتهي بانتهاء هذه المنافع وانقضائها، وقد علمت أنها تنتهي بوفاته، وأن ما يحدث بعد الوفاة منها ليس ملكا له، وإنما هو ملك لمن انتقلت إليه ملكية الأعيان التي هي محل لهذه المنافع.

وكذلك لا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون تملك هذه المنافع قد وقته المملك لها بوقت حصلت الوفاة قبل انتهائه، أو جعله مؤبدا، أو أطلقه عن ذلك ، وذلك لما علمته من أن وفاة مالك المنفعة تزيل أهليته للتملك على أية حال، فإذا ما توفي فقد أصبح غير أهل لأن يملك، فينقضي ملكه على الرغم من بقاء الوقت الذي جعل معيارًا لما يملكه من المنافع، وهذا انقضاء قضت به الضرورة، فلم يعد لبقاء الوقت معها من أثر.

هذا إلى ما ذكروه في الإجارة والإعارة وهو في الواقع كالنتيجة لما ذكرنا فقد ذكروا أن جوازهما قد ورد به النص على خلاف القياس، وذلك لحاجة الناس، لأن محل العقد فيهما معدوم حين التعاقد، وهو المنافع، إذ هي غير موجودة عند عقد الإجارة أو عقد الإعارة، وذلك ما يجعل العقد باطلا في القياس، كعقد بيع المعدوم، ولذا قالوا إن العقد فيهما إنما ينعقد ساعة فساعة، ووقتا فوقتًا على حسب حدوث المنافع وتجددها، وكذا لا يثبت فيهما الملك في المنافع إلا كذلك، كما لا يثبت ملك الأجرة في الإجارة إلا على هذا المنوال، تبعا للملك بدلها وهو المنافع، ما دامت الأجرة لم تعجل، ثم اعتبرت العين مع ذلك قائمة مقام منافعها في حق إضافة العقد إليها فقط حتى يرتبط القبول بالإيجاب، وعلى ذلك فالمنافع إنما توجد وتحدث على حكم ملك صاحب العين، ثم تنتقل ملكيتها حين حدوثها إلى المنتفع بحكم العقد، سواء أكان إجارة أم إعارة، وهو يعتبر متجددا حكما بتجددها، وينعقد ساعة فساعة بحدوثها، وعن ذلك يتم انتقال ملكيتها من صاحب العين إلى المنتفع، فإذا توفي المنتفع امتنع تجدد العقد لوفاة أحد طرفيه، فكان ما يحدث من المنافع بعد وفاته باقيا على ملك صاحب العين ولا ينتقل إلى وارث المنتفع، لأنه إذا انتقل إليه، فإما أن ينتقل إليه بحكم تجدد العقد ولم يكن أن عقد معه، أو بالوراثة وهي لا تكون إلا فيما يتركه المورث على ملكه، ومنافع العين في هذه الحال ليست ملكا له لما قدمنا، وكذلك الحال إذا توفي المملك، فإن وفاته أيضا تحول دون تجدد العقد وتنتقل بها ملكية العين مع ذلك إلى ورثته، ويكون ما يحدث من منافعها بعد وفاته ملكا لهم، فإذا فرض للعقد وجود، كان مضافا إلى ملك الغير، وليس للإنسان ولاية الإلزام في ملك غيره من غير ولاية له عليه أو رضا منه، فيبطل لذلك العقد.

حق الاحتكار:

وإطلاق عبارات المتون وكتب المتقدمين من الحنفية يدل على أنه لا فرق في ذلك بين إجارة طويلة المدى وأخرى قصيرتها، ولا فرق بين أن تكون الإجارة للبناء والغراس في الأرض المستأجرة وأن تكون للانتفاع بها انتفاعا آخر كالزراعة، وكذلك لا فرق في الإجارة الطويلة بين أن تكون على وجه الاحتكار بأن يذكر فيها حق القرار

وأن تكون على غير وجهه، وعلى ذلك فليس الحكر[1] - وهو ضرب من الإجارة الطويلة - إلا إجارة تنتهي بانتهاء مدتها أو بوفاة أحد المتعاقدين، ولا يكون للمحتكر بعد ذلك - أي بعد انتهاء المدة أو بعد وفاة المؤجر - ولا لورثته من بعد مماته حق استبقاء الأرض المحكرة، ولا حق استبقاء المباني التي أقيمت عليها، ولا الغراس الذي غرس فيها، بل يؤمر برفع ذلك وتسليم الأرض لمالكها، وبهذا أفتى الخير الرملي في كثير من مسائله[2].

ولكن جاء في القنية للزاهدي ما يدل على أن الأرض الموقوفة، إذا أجرت للبناء أو الغراس فبنى المستأجر أو غرس في أثناء المدة ثبت له حق القرار عليها، فلا تؤجر بعد انتهاء المدة لغيره ما دام قائما بدفع أجر المثل، وذلك دفعا للضرر وتحقيقا لمصلحة الطرفين، إذ لو نزعت الأرض من يده، بعد تكليفه بهدم ما أقامه عليها من المباني وقلع ما غرسه فيها من الأشجار، لأصابه عظيم الضرر بإزالة مبانيه وإتلاف أشجاره، ولم يكن في إقامتها متعديا، في حين أن الوقف لم ينل أية فائدة من هذا التصرف إلا أن تؤخذ الأرض من صاحب المباني أو الأشجار فتؤجر لغيره كما كانت تؤجر له، وإجارتها لذي اليد عليها أولى وأوجب، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وكذلك الحكم إذا أجرت الأرض سواء أكانت موقوفة أم مملوكة[3] على أن يكون للمستأجر حق القرار عليها وأن يبني وأن يغرس فيها ففعل ذلك قبل انتهاء المدة، أو كانت موقوفة فاستؤجرت ثم أذن الناظر المستأجر بعد تمام العقد بالبناء أو الغراس فيها فبنى أو غرس قبل انتهاء مدة الإجارة على ما ذهب إليه بعض الحنفية، ففي كل هذه الأحوال يكون للمستأجر حق القرار على الأرض ما دام قائما يدفع أجر المثل، ولم يترتب على ذلك ضرر بالوقف. فإذا انتهت مدة الإجارة، ولا يزال البناء أو الغراس قائماً بالأرض، أبقيت الأرض في يده بإجارة أخرى جديدة بأجر المثل، وهكذا تؤجر

---

(١) الحكر عقد إجارة يراد به استبقاء الأرض للبناء أو للغراس تحت يد المحتكر ما دام قائما بدفع أجر المثل وقد يثبت بلا عقد كأن يبني إنسان أو يغرس في الأرض المستأجرة بإذن من المؤجر فيثبت له بذلك حق الحكر.

(٢) راجع الفتاوى الخيرية صفحات نمرة ١١٥، ١٢٠، ١٣٢، ١٣٨ ص٢ طبعة بولاق سنة ١٣٠..

(٣) راجع الفتاوى المهدية وأحكام الوقف لأستاذنا أحمد بك إبراهيم.

له بعد انتهاء كل مدة، وإذا مات انتقل هذا الحق إلى ورثته ما دام للبناء أو الغراس قائما على الأرض لما قدمنا من إرادة تجنب الضرر وتحقيق منفعة للطرفين. وانتقال هذا الحق إلى الورثة إنما كان تبعا لانتقال البناء أو الشجر إليهم بطريق الوراثة أي أن الورثة قد تملكوا هذا البناء أو هذا الشجر بما لصق به من حق، وإن شئت قلت إن هذا الحق ثبت لهم ابتداء بتملكهم البناء والشجر قائمين على الأرض، ولم ينتقل هذا الحق إليهم بطريق الميراث، وعلى أي اعتبار فالحق بعد وفاة المحتكر يكون لورثته نتيجة لتملكهم البناء والشجر قائمين على الأرض.

وإذا مضت مدة الإجارة قبل أن يبني المستأجر أو يغرس لم يكن له حق القرار في جميع الأحوال السابقة، وإذا انتهت الإجارة بانتهاء مدتها أو بوفاة المستأجر، وكان ذلك حين زوال المباني من أسسها وجفاف الأشجار وانمحاء أثرها من الأرض، بعد أن تكون قد أقيمت في أثناء المدة، فإن حق القرار في هذه الحال ينتهي بانفساخ العقد بسبب انتهاء مدته أو وفاة أحد طرفيه، ولا يكون للمستأجر في حال انتهاء المدة ولا لورثته في حال الوفاة حق استبقاء الأرض في أيديهم ولا حق إعادة البناء أو الغراس إلا بإجارة جديدة لا يكونون فيها أولى من غيرهم، بل هم فيها وكل راغب سواء، وهذا رأي كثير من العلماء وبه أفتى[1].

وذهب آخرون إلى إبقاء الحق في هاتين الحالين ما دام المستأجر أو وارثه قائما بدفع أجر المثل، لثبوت حق القرار لهما بالبناء والغراس في الأرض وعدم سقوطه بعد ثبوته إلا بأن ينال الوقف ضرر، ولعلهم اعتمدوا في ذلك على ما جاء في الفتاوى المهدية سنة ٤٨٧ من الوقف ونصه «سئل في بناء أرض موقوفة مستحق للبقاء والقرار تهدم ذلك البناء وصارت الأرض خالية منه، فهل لربه إعارته ثانيا كما كان أولا. فأجاب للمحتكر حق الإبقاء والإعادة حيث كان قائما بدفع أجر المثل على ما عليه العمل أ هـ» فلم يشترط المهدي في إبقاء هذا الحق للمحتكر بقاء مدة الإجارة بل أطلق الأمر ولم يقيده إلا بدفع أجر المثل، ولا شك أن حكم وارث المحتكر في ذلك كحكم مورثه ولكن كثيرا من المحاكم المصرية الأهلية لم ترض هذا الرأي وحكمت بالرأي الأول وإن كان بعض المحاكم المختلطة قد مال إلى الرأي الثاني.

(١) راجع تنقيح الحامدين ص١٥١، ن١٢٧٨ طبعة الشبراوي.

وعلى ذلك ففي الأحوال التي يثبت فيها لوارث المحتكر حق القرار: لا يكون ثبوته له بطريق الوراثة على ما هو الظاهر من قواعد الحنفية، بل يثبت له ابتداء تبعا لانتقال ملكية البناء أو الغراس إليه بالميراث، غير أن هذا لا يظهر إلا على الرأي الذي يجعل حق القرار منوطا بقيام البناء أو الغراس أو أصولها في الأرض، أما من يثبته بعد زوال ذلك، فإنه يلزمه أن يقول بأن هذا الحق يورث عن المحتكر إذا مات وليس في الأرض بناء أو غراس وإذن يكون للوارث حق القرار ما دام قائما بدفع أجر المثل، لقيامه مقام مورثه في ذلك.

والذي يظهر لي أن ليس لهذا الرأي مستند إلا ما قد يظن أنه قد استند إلى ما جاء في الحصاف، في تعليله لصحة وقف الحوانيت القائمة في الأسواق العمومية، إذ قال: «يجوز إذا كانت أرضها بإجارة في أيدي الذين بنوها، لا يخرجهم السلطان عنها، من قبل إنا رأيناها في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم، لا يتعرض لهم السلطان فيها ولا يزعجهم وإنما له غلة يأخذها منهم، ويتداولها خلف عن سلف، وتمضي عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها ويؤجرونها ويهدمون بناءها ويعيدونه ويبنون غيره أ هـ» فلعلهم قاسوا الأرض المحتكرة على هذه الأرض فأبقوها في يد المحتكر وفي أيدي ورثته من بعده ما داموا يدفعون أجر المثل سواء أبقى في الأرض بناء أو شجر أم لم يبق من ذلك شيء حتى أصله.

هذا ويجب أن يلاحظ أن الحكر عند الحنفية غير الخلو عند المالكية، فإن الخلو عندهم منفعة تباع وتورث أصالة لا تبعا، وذلك متفق مع أصلهم في اعتبار المنافع أموالا، وسيأتي بعض البيان عنه قريبًا.

بقاء الإجارة بالعذر:

واعلم أن ما ذكره الحنفية من انفساخ الإجارة بالموت، وعدم قيام وارث كل من المؤجر والمستأجر مقام مورثه، محله إذا لم يكن عذر يقضي ببقائها بعد الوفاة، وهذا ما تقتضيه قواعد الحنفية ويتلاءم مع منطقهم في توزيع المسائل وبيان أحكامها، أما عند وجود ذلك العذر فالمستحسن عندهم حينئذ أن تعتبر الإجارة باقية ويحل وارث

العاقد المتوفى محل مورثه، ومن هذا قالوا: إن الإجارة كما تفسخ بالعذر تبقى بالعذر.
وأمثلة ذلك كثيرة منها:

أ- إذا استأجر شخص دابة لتبلغ به مكانا معينا فمات المكاري «صاحب الدابة» في الطريق قبل الوصول إلى المكان المعين، لا تنتقض الإجارة بموته إذ القول بانتقاضها في هذه الحال يضر بالمستأجر ضررًا بليغا، ولذا جعلوا له أن يركبها، إلى المكان المعين إذا كان قد استأجرها للركوب، وأن يحمل عليها متاعه إلى هذا المكان إذا كان قد استأجرها لذلك، حسب ما تقضي به الإجارة دفعا للضرر.

ب- إذا مات المؤجر أو المستأجر قبل انقضاء مدة الإجارة وفي الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد ولم يدرك، فإنه يترك فيها إلى أن يستحصد، على الرغم من ورثة المؤجر إذا كان هو المتوفى، ويكون على المستأجر أو ورثته إذا توفي ورغبوا في قيامهم مقام مورثهم في المضي في عقد الإجارة؛ أجرة المدة الباقية بحسب ما تم الإنفاق عليه في عقد الإجارة السابق، فإذا انتهت مدته واحتيج إلى مدة أخرى لاستحصاد الزرع فإنه يجب أن يؤدى عنها أجر المثل زاد أو نقص عن الأجرة المتفق عليها في العقد.

ولا شك أن قيام الوارث في مثل هذه الأحوال مقام مورثه لا يمكن أن يستند إلا إلى أحد فرضين، أحدهما افتراض إجارة جديدة تعتبر قد تمت بينه وبين الطرف الآخر أو ورثته، وذلك غير متأت لعدم وجود تعاقد بينهما، ولأن ذلك قد يكون على الرغم من إرادة الطرف الآخر وكراهيته وعدم رضاه، ولا يتم العقد من غير رضا. والثاني اعتبار العقد الماضي قائما وقيام الورثة فيه مقام مورثهم استحسانا باعتبارهم خلفاء له، وهذا أيسر الفرضين وآية صحته التزام ما تضمنه هذا العقد من شروط، ولا يتصور بقاؤها إلا ببقائه وهذا هو مقتضى الاستحسان لا القياس[1].

ولي بعد هذا كلمة، تلك هي أن الحنفية أمام إرادة تحقيق المصلحة والرغبة في تجنب الضرر، تناسوا ما قرروه في المنافع، من أنها أعراض لا تبقى، وأنها لا تصلح أن تكون محلا للعقد، لأنها معدومة وقت انعقاده، وأن العقد عليها يتجدد ساعة

(١) راجع البدائع ص٤ نمرة ٢٢٣.

فساعة حسب حدوثها، وأنه لا يمكن أن يعتبر متجددًا بعد وفاة أحد طرفيه، تناسوا كل ذلك أمام الأعذار، وقرروا بقاء العقد على الرغم من كل ما ذكروه، كما قرروا أن الإجارة كما تنفسخ للعذر تبقى لأجله، أليس في صنعهم هذا ما يدلك على أن المناط عندهم في بقاء الإجارة وانتقاضها لا يرجع في الواقع إلى تلك الأنظار العقلية المحضة التي لا تتصل بالعمل ولا تستند إلى المصالح، وإنما يرجع إلى تحقيق مصالح الناس وتوفير أغراضهم ومقاصدهم المشروعة التي لأجلها وجد التشريع ولتحقيقها وضعت القواعد، وأن مآل ذلك إنما هو اجتهاد القاضي وتوخيه للمصلحة حيث كانت تنفيذا لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وذلك عين الحكمة والصواب.

ونعود بعد ذلك إلى أصل الموضوع فنقول: وكذلك قال الحنفية في الموقوف عليه، إنه يملك منفعة العين الموقوفة إلى أمد لا يمكن أن يتجاوز مدة حياته، فإن وقت الواقف استحقاقه بوقت معين تجاوزت نهايته مدة حياته، بأن توفي الموقوف عليه قبل انتهاء ذلك الوقت، فإن استحقاقه ينتهي بوفاته؛ ويبطل الوقت الزائد. وانتهاء استحقاقه بالموت، مرجعه عدم صحة الوقف على الميت، وعليه فإذا مات الموقوف عليه في أية حال لم يترك من المنافع ما ينتقل عنه إلى ورثته، وهذا إذا لم يتملك الموقوف عليه شيئا قبل وفاته؛ أما إذا تملك شيئا قبل وفاته، كأن توفي بعد ظهور الغلة؛ فإن له في هذه الحال حقًا مؤكدا هو حق تملكه حصة من هذه الغلة القائمة، وهذا الحق ينتقل بوفاته إلى ورثته؛ لأنه حق مالي ثابت في أعيان قائمة ظاهرة، وكذلك إذا توفي بعد أن قبض الناظر الغلة وقبل أن يسلمها إليه، فإن حقه حينئذ يعتبر مالا موجودا مملوكا فينتقل بوفاته إلى ورثته كما قدمنا.

والوصية بالمنافع كالوقف غير أنها لا تكون إلا مؤقتة، إما بمدة معينة وإما بحياة الموصى له، وإذا أقتت بمدة معينة، فتوفي الموصى له قبل نهايتها، بطلت بقيتها وانتهى ملكه المنفعة بموته، أما وجوب توقيتها فلأنه لو صح فيها التأبيد لطغى ملك المنفعة على ملك الرقبة، وأصبح ملك الرقبة معدوم الأثر أو في حكم العدم، لأن مظهر ملك الرقبة إنما هو في جواز الانتفاع بالعين والتصرف فيها، فإذا امتنع ذلك على

مالكها محافظة على حق مالك المنفعة المؤبد، لم يكن لملك الرقبة من أثر، فكان باطلا، لذا وجب أن يكون ملك المنفعة مؤقتا حتى يكون لمالك الرقبة نتائج ملكه وآثاره بعد انتهاء ذلك الوقت، من انتفاع وتصرف، وأما عدم تجاوز وقتها مدة حياة الموصى له، فذلك نتيجة لعدم قبول المعدوم لأن يملك (بفتح اللام)، إذ لو تجاوزت لكان الموصى له مالكا لم يحدث من المنافع في حال حياته، وهو ما سيكون ويوجد بعد وفاته، وذلك لأن الموصى له بالمنفعة في مدة معينة إذا توفي في أثنائها، ولم تكن وفاته منهية لمدة انتفاعه، حل وارثه بطريق الوراثة محله في باقي المدة فورث عنه منافعها. وإنما يرث ما يتركه له المورث على ملكه، فتكون منافع هذه المدة الباقية قد ملكها المورث قبل وفاته وهي معدومة حينئذ وقد تركها لوارثه وقت أن مات وهي على ملكه، فورثه فيها، وبذلك تصير مملوكة للمورث وهي معدومة والمعدوم لا يقبل أن يملك.

توارث المنفعة عند غير الحنفية:

هذا ما ذهب إليه الحنفية، وإليه ذهب أيضا سفيان الثوري والليث بن سعد والشعبي وأبو سليمان وابن حزم وذهب الشافعي وأحمد بن حنبل وغيرهم من العلماء إلى التفرقة بين أن يكون استحقاق المنتفع للمنفعة مقيدا بحياته، وأن يكون مؤقتا بوقت معين أو مؤبدا أو مطلقا.

ففي الحال الأولى وهي ما إذا كان الانتفاع مقيدا بحياته، لا ينتقل إلى وارث المنتفع شيء بوفاته، لأن استحقاقه ينتهي بانتهاء حياته، ولا يترك شيئا لوارثه حتى يرثه فيه، سواء أكان استحقاقه بالإعارة أم بالوصية له أم بسبب الوقف عليه مع مراعاة ما قدمناه فيما للموقوف عليه من حق في الوقف.

وفي الحال الثانية يكون الحكم كذلك إذا ما كان ملك المنفعة مقيدا بمدة معينة وانتهت المدة عند وفاة المنتفع أو قبلها، أما إذا امتدت إلى ما بعد الوفاة فإن رأيهم في هذه الحال يختلف باختلاف سبب التملك، فإن كان السبب هو الإجارة، فإن مالك المنفعة حينئذ وهو المستأجر قد تملكها بهذا العقد طيلة المدة المعينة.

وهي معتبرة من الأموال عندهم، وآية ذلك صحة استثنائها في عقد البيع، كأن يبيع شخص داره ويستثني سكناها مدة معينة تلي عقد البيع، فلا يسلمها إلى مشتريها إلا بعد انتهاء تلك المدة، وإذا مات البائع حينئذ في أثناء هذه المدة حل وارثه محله في بقيتها وكانت له منفعتها بطريق الميراث، ثم هم يعتبرونها كذلك موجودة وقائمة كقيام الأعيان عند العقد عليها، تصحيحا للتعاقد، حتى يتملك بالعقد كل واحد من طرفيه ما قصد إليه بتعاقده ملكا لازما، فيملك المؤجر الأجرة، ويملك المستأجر جميع منافع المدة المعينة.

وعليه فإذا مات المستأجر قبل نهاية المدة ورثه فيما بقي له من منافعها ورثته، كما يرثونه فيما يشتريه من الأعيان فيتركه عند وفاته، وإذن تبقى العين في يد الورثة ليستوفوا منها المنفعة إلى نهاية مدة الإجارة، وإذا كان المؤجر لم يقبض الأجرة أو لا يزال له منها بقية فإنه يرجع بذلك في تركه المستأجر المتوفى، ويكون فيه أسوة سائر الغرماء إن كانت التركة مدينة بديون أخرى[1].

وقال ابن رشد المالكي في بداية المجتهد: «إن رضي الورثة أن يلتزموا بما بقى للمؤجر من الأجرة في أموالهم ويقوموا مقام مورثهم فيما بقى له من المنافع، كان لهم ذلك، وحينئذ يكون للمؤجر خيار فسخ الإجارة فيما بقى من المدة بعد وفاة المستأجر إذا لم يرض بذمتهم، وإن أبى الورثة أن يلتزموا بذلك أجرت العين في المدة الباقية من مدة الإجارة، فإن وفت أجرتها بما بقى للمؤجر من الأجرة الواجبة له على المستأجر المتوفى فيها، وإذا فضل شيء بعد ذلك فلورثته، وإن لم توف كان الفرق واجبًا في تركة المستأجر المتوفى يقتضيه المؤجر» أ هـ.

ومعنى هذا أن يكون للمؤجر حق امتياز على منافع العين المستأجرة في المدة الباقية من مدة الإجارة، فلا يشاركه غيره من الغرماء في بدلها حتى يستوفي منه ما وجب له، وأنه بعد ذلك يكون أسوة الغرماء فيما قد يبقى له من الأجرة بعد ذلك، يأخذه من التركة ويساهمهم فيها إن لم توف بكل ما عليها من ديون.

---

(١) راجع نهاية المحتاج للرملي ج٤ ص ٢٣٠ والمغني ج٦ ص٥٢ والزرقاني ج٧ ص٣٢.

ومما يتصل بهذا ما يسمى عند المالكية بالخلو وهو عندهم عبارة عن منفعة للوقف يملكها من قام بعمارته نظير ما أنفقه على هذه العمارة من الأموال كأن تتخرب أعيان الوقف ولا ريع له حتى تعمر منه، فتؤجر حينئذ لمن يرضى أن يقوم بعمارتها من ماله، على أن تكون الأجرة بين الوقف - نظير الانتفاع بعينه - وبين المستأجر الذي عمر - نظير ما دفعه في العمارة من أموال - فيعطى للوقف حصته منها، ويستبقي المستأجر ما خصه منها نظير ما أنفقه من أمواله، وبذا تكون منفعة العين الموقوفة مشتركة بين الوقف وبين من عمرها، وكذلك قد يثبت الخلو بإقامة بناء على أرض فضاء موقوفة بأن تعطى هذه الأرض الفضاء بطريق الإجارة لمن رضي أن يبنى عليها من ماله مساكن تستغل، فتكون الأجرة بين الوقف والمباني. وقد يثبت أيضا بعمارة مسجد له حوانيت وأماكن موقوفة عليه وليس لها ريع يعمر منه المسجد. فيقوم مستأجر هذه الأماكن بعمارة المسجد من أمواله، على أن تكون أجرة هذه الأماكن بينه وبين الوقف. ففي كل هذه الأحوال يكون لمن قام بالعمارة أو البناء حصة في أجرة الأعيان الموقوفة، وهي تقابل ما تملك من منفعة للأعيان الموقوفة، نظير ما أنفق من أموال في العمارة أو البناء وهذه المنفعة تسمى بالخلو، وتجعل لصاحبه حق القرار، وتعد عند المالكية من الأموال، فتؤجر وتباع وتوقف وتورث لأنها مال بتركة المورث على ملكه.

وكذلك الحكم إذا كان سبب التملك الوصية، فإذا كان المتوفى موصى له بالمنفعة في مدة معينة وقد جاءه الموت قبل انتهاء تلك المدة فإن وارثه يقوم مقامه فيما كان له من انتفاع بالعين الموصى بمنفعتها لو أنه بقي حيا، عند مالك والشافعي وأحمد - رضي الله عنهم -، ذلك لأن الموصى له بالمنفعة يملكها ولذا يجوز له أن يعاوض عنها عندهم بطريق الإجارة وأن يملكها غيره بطريق العارية وأن يوصى بها إذا ما أمكنته المدة، وكل ذلك لأن المنافع عندهم من الأموال فلذلك تورث.

وإن كان سبب التملك العارية، لم ينتقل ما كان للمستعير من حق في الانتفاع بالعين المستعارة إلى ورثته بموته، فإذا قيدت العارية بمدة معينة فتوفي المستعير قبل

نهايتها، انتهى حقه في الانتفاع وبطلت العارية ولم يكن لورثته شيء بعده في بقية المدة المعينة عند الشافعي وأحمد - رضي الله عنهما - على أظهر الروايتين عندهما، ذلك لأنهما لا يريان المستعير مالكا للمنفعة التي استحقها بعقد العارية بل يعدان استحقاقه لها إباحة، فهو قد أبيح له بهذا العقد أن ينتفع ولم يملك به شيئا من المنافع، ولكنه كلما استوفى منفعة ملكها بالاستيفاء، وما لم يستوفه لم يملكه، بل ولم يوجد فلا ينتقل إلى ورثته بوفاته، لأن الإباحة تنتهي بالوفاة إذ مبناها الإذن الثابت بالعقد وهو ينقضي بالموت، ولهذا كانت العارية عندهما عقدا غير لازم كما يراه الحنفية، والعقود غير اللازمة عندهم تنفسخ بالموت، وإذن فالخلاف بينهما وبين أبي حنيفة يكاد ينحصر في بيان نوع استحقاق المستعير، فيراه جمهرة الحنفية من قبيل المالك، ويراه الشافعي وأحمد على أصح الروايتين عندهما وبعض الحنفية كالكرخي من قبيل الإباحة، وعلى أية حال فحق المستعير ينتهي عند الجميع بالوفاة لما قدمنا، فيبطل بها باقي الوقت وتصير كأنها مؤقتة بحياته.

وذهب مالك إلى أن العارية تفيد الملك، لأن القصد فيها إلى تمليك المنفعة بالذات كما في الإجارة، ولذا جاز عنده للمستعير أن ينتفع بنفسه وأن ينتفع بغيره، وذلك ما لم يكن قصد المعير منها تمليك حق الانتفاع فقط، فإنها عندئذ تكون من قبيل الإباحة أو تمليك حق الانتفاع، وذلك كأن يمنعه من أن ينتفع بواسطة غيره أو يشترط عليه أن ينتفع بنفسه فقط أو نحو ذلك، ففي هذه الحال لا يجوز له التصرف في المنفعة بخلاف الحال الأولى التي يكون القصد فيها إلى تمليك المنفعة فإنه يجوز له التصرف فيها، فقد قال الشيخ عبد القادر الفاسي إن تمليك المنفعة يلزمه صحة البيع والهبة والإجارة والميراث، بخلاف تمليك حق الانتفاع فإنه مقصور على ذات معينة فلا يتعداها إلى غيرها[1] أ هـ وبناء على ما ذكر فإذا كانت الإعارة من باب التمليك، وتوفي المستعير قبل انتهاء المدة التي حددت بها العارية، انتقل ملك المنفعة في باقي المدة إلى ورثة المستعير كما في الإجارة، إذ لا فرق بينهما إلا أن التمليك في الإجارة ببدل وفي العارية بغير بدل، وذلك لا يضير، كما هو الحال في العين المشتراة والعين

(١) راجع حاشية سيدي محمد المدني كنون من باب العارية ج٦ ن١٩٧.

الموهوبة كلاهما ينتقل إلى وارث المالك بموته، وهذه رواية عن أحمد ذكرها صاحب المغني وعلى هذه الرواية فالعارية المؤقتة بمدة معينة عنده لازمة وتفيد الملك ولا يجوز للمستعير أن يرجع فيها قبل نهاية هذه المدة[1].

وإن كان سبب التملك الوقف، وقد وقت استحقاق الموقوف عليه بوقت معين فتوفي قبل انتهائه، لم يكن لورثته شيء حينئذ إذا كان الواقف قد أعطاه حق الانتفاع بنفسه فقط، ذلك لأنه لم يملك منفعة العين الموقوفة وإنما أبيح له الانتفاع بها، والإباحة تنتهي بالموت على الرغم من عدم انقضاء مدتها، وأما إذا كان الواقف قد ملكه المنفعة بأن دلت عبارة إنشاء الوقف على ذلك، أو دل عليه ما لابسها من القرائن، فإن الحكم لا يختلف عند الحنفية عما ذكرنا كما بيناه فيما سبق، إلا إذا كان الموقوف عليه قد تملك قبل وفاته حقا مؤكدا في غلة ظاهرة أو حصة من غلة قبضها الناظر فإن الوارث يحل محل المورث في ذلك كما فصلناه فيما مضى، أما ما لم يظهر من غلة أعيان الوقف في حال حياة الموقوف عليه فلا يرثه وارثه، وإن ظهر وبدا صلاحه وجنى بعد وفاته في أثناء المدة المحددة، وإلى ذلك ذهب الشافعي أيضا كما تفيده عبارة الرملي في أحكام الموصى به فقد فرق بين تملك الموصى له المنفعة الموصى بها وتملك الموقوف عليه منفعة الأعيان الموقوفة وذكر من الفروق أن الأولى تورث وأن الثانية لا تورث، وأنت تعلم أن المنفعة الموصى بها لا تورث إلا إذا كانت مؤقتة بوقت محدد فتوفي الموصى له قبل انتهائه كما بينا، وإذا فمنفعة الأعيان الموقوفة لا تورث في هذه الحال، حتى يتحقق الفرق بينهما، ولعلهم يحتجون في إثبات هذه التفرقة بأن المعروف من أغراض الواقفين أن يخصوا الموقوف عليه بهذه المنفعة برًا به وقصدًا إلى معونته، أو تصدقا بها عليه، أو صلة به، وربما كانوا في ذلك مراعين حالته الشخصية وعلاقتهم به، مما يظهر معه أن الغرض إنما هو نفعه شخصيًا، وتلك أمور وأوصاف ينهيها الموت، فلا ينبغي أن يرثه وارثه فيما أعطي له شخصيًا لأجلها، ولكن هذا التوجيه يعم حال الوصية أيضا فقد يكون غرض الموصي من وصيته ذلك، بل قد يراعى في الوصية ما لا يراعى في الوقف، وهو كيفية انتفاع الموصى له بالعين وما يعرف من

(١) راجع المغني ج٥ ن ٣٦٨.

حرصه على المحافظة على ما في يده، وصيانته لما يعهد إليه فيه، وأمانته في القيام عليه، ورعايته (مما قد يطلب في ناظر الوقف ولا يطلب في مستحقه) ولذا فإني لا أرى فرقا بين موصى له بمنفعة مدة معينة وموقوف عليه كذلك فإن كان القصد إلى نفعهما أنفسهما فلا ينتقل هذا الحق إلى ورثتهما بعد الوفاة، لأنهما لا يملكان شيئا وإنما أبيح لهما الانتفاع بأنفسهما، وإن كان القصد إلى تمليكهما المنفعة كما يملكان الأعيان، انتقل بموتهما ما يبقى لهما من منافع المدة المحددة إلى ورثتهما من غير تفريق بينهما.

وهذا لا يتجه إلا إذا أخذنا بقول بعض الشافعية الذين يرون أن الوقف يفيد ملك المنفعة، أما إذا أخذنا برأي من يرى منهم أنه لا يفيد الموقوف عليه ملكا أصلا وإنما يبيح له الانتفاع فقط في جميع أحواله كما صرح بذلك السبكي، فلا يتجه ذلك إذ ليس للموقوف عليه حينئذ إلا أن ينتفع على الوجه الذي رخص له فيه بطريق الإباحة، وقد علمنا فيما سبق أنها تنتهي بالموت[1].

وأما المالكية والحنابلة فلم أعثر لهم فيما اطلعت من كتبهم على نص صريح في هذا الموضوع، وإنما رأيت في عبارات المالكية إطلاقا في بعض المسائل[2] يدل بظاهره على أن رأيهم في الموقوف عليه إذا مات قبل انتهاء المدة المحددة لانتفاعه، أن انتفاعه ينتهي بموته وأن وارثه لا يرث عنه منافع بقية المدة ومن ذلك عبارات وردت عن خليل في متنه وعن الزرقاني في شرحه عليه وعمن كتبوا على ذلك من أصحاب الحواشي، ورأيت كذلك في عبارات أخرى من الإطلاق ما يدل بظاهره على أنهم يسوون بين الموصى له بمنفعة في مدة معينة، وبين الموقوف عليه كذلك في أن ورثة كلٍّ يحلون محله فيما يبقى من المنافع إذا ما مات قبل انتهاء تلك المدة؛ ومن ذلك عبارة الشيخ عبد القادر الفاسي التي نقلها السيد محمد علي كنون وهي أن تملك المنفعة يلزمه صحة البيع والهبة والإجارة والميراث، بخلاف تملك حق الانتفاع فإنه مقصور على ذات معينة لا يتعداها إلى غيرها. وأنت تعلم أن كلامنا إنما هو في موقوف عليه مالك المنفعة مدة معينة، ولم يقصد الواقف إلى انتفاعه شخصيًّا، ثم مات قبل نهاية تلك

(١) راجع نهاية المحتاج ص٤٠٢.
(٢) راجع كشاف القناع ج٢ ص ٢٤٢.

المدة، وإذن فمقتضى عبارة الشيخ عبد القادر أن وارثه يرثه فيما بقى له من منافع بقية المدة نتيجة لتملكه المنفعة، وكذلك وجدت في التسول على التحفة ما نصه ولو أخدم شخص عبده إنسانا مدة حياة عبده، فتوفي المخدم «بفتح الدال» قبل وفاة العبد، حل وارثه محله في استخدام العبد بقية المدة، لأنها منافع ملكها مورثه يحوز أصلها وهو العبد أ هـ، وأنت خبير بأن المالكية لا يشترطون في صحة الوقف التأبيد، وأن ذلك الإخدام قد يعتبر وقفا عندهم كما قد يعتبر عارية مؤقتة إذ الواقع أنك لا تكاد تجد فرقا عمليا بين وقف مؤقت وعارية مؤقتة عندهم وإذن فهذه المسألة تكاد تكون نصا في موضوع البحث، وأنها إذا اعتبرت من الوقف المؤقت، كان الرأي فيه أن الوارث عندهم يحل محل مورثه فيما يبقى له من منافع باقي المدة. ثم لا ترى بعد ذلك في هذا فرقا بين وقف مؤبد ووقف مؤقت حتى يقتصر هذا الحكم على الوقف المؤقت ولذا فإني أستظهر أن رأي المالكية هو التسوية بين الوقف والوصية فيما ذكرنا.

وعليه فإذا اشترط واقف أن ينتفع فلان بعين من أعيان وقفه مدة معينة حددها فتوفي الموقوف عليه قبل انتهاء هذه المدة حل وارثه محله في الانتفاع بالعين إلى نهاية المدة، وإن لم يكن من الموقوف عليهم، ثم بعد ذلك يطبق عليها شرط الواقف.

وأما الحنابلة فقد رأيت في كتبهم أن الواقف إذا شرط لنفسه أن ينتفع بالعين الموقوفة مدة معينة، فتوفي قبل انتهائها، ورثه ورثته فيما بقى من منافعها والظاهر عدم التفرقة بين واقف اشترط لنفسه في كتاب وقفه أن ينتفع بأعيان الوقف مدة معينة، وبين أجنبي اشترط له الواقف ذلك، فكلاهما قد ملك منفعة بالشرط في مدة معينة، فإذا ابتدأت استوفاها كل منهما، وإذا توفي أحدهما قبل انتهائها، قام وارثه فيما بقى منها مقامه بطريق الوراثة، وقد يلجأ في التفرقة بينهما إلى أن اشتراط الواقف لنفسه منفعة في مدة محددة هو من قبيل استثناء تلك المنفعة من الوقف، وأنه إذا استوفاها فإنما يستوفيها على حكم ملكه السابق لها قبل الوقف، وأن ذلك خلاف اشتراط المنفعة لأجنبي لأنه من قبيل الوقف عليه، وأنه إذا استوفاها فعلى حكم تملكه لها بسبب الوقف، ومن ذلك حل الوارث محل الواقف فيما يبقى من منافعه المستثناة، ولا يحل وارث الموقوف عليه محله، ثم يؤيد ذلك بأن الحنابلة لا يرون صحة الوقف على نفس الواقف ولكن التفرقة بهذا جلية التعسف، فإن الواقف لا يمر بخاطره

وقت أن يقف على هذه الصورة أنه يستثني من وقفه منفعة يجعلها لنفسه، بل الواقع أنه يقف العين لله تعالى ثم يجعل لنفسه بعض منافعها، كما يقف السبيل فيشرب منه ويقف الرباط فينزل فيه، والرأي الراجح الذي عليه العمل عند الحنابلة جواز الوقف على النفس، وإذا ما صرفنا النظر عن هذا فأي فرق تجده بين منفعة ملكت بالوصية ومنفعة ملكت بالوقف حتى تجعل الأولى قابلة للتوارث وتجعل الثانية غير قابلة له. وإذن فالظاهر عندي أن الحنابلة لا يفرقون بين الحالين أيضا كالمالكية، ذلك هو الحكم في توريث المنفعة إذا ما أقتت بوقت وقد علمت أن ذلك يجيء في الإجارة والإعارة والوصية والوقف، أما تأبيدها فلا يكون في الإجارة ولا في الإعارة، أما الإجارة فلاتفاق الأئمة على اشتراط المدة فيها، لأنها معيار المنفعة، وبها تتقدر فلا تخلو من مدة، وإذا خلت منها فسدت، والمدة لا تجامع التأبيد، وأما الإعارة فلأنها لا تكون إلا مؤقتة عند المالكية، وإذا أبدت فسدت، وهي عند الحنفية والشافعية والحنابلة عقد غير لازم يستقل أحد طرفيه بفسخه، وذلك يتنافى مع تأبيدها، وإذن فلا يتأبد بها ملك المنفعة، وإنما يأتي تأبيد ملك المنفعة في الوصية على ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وهو الظاهر من مذهب المالكية خلافا للحنفية كما تقدم، كأن يوصي إنسان لأجنبي بمنفعة دار معينة من دوره أبدا، ثم يموت مصرا على وصيته فيقبل الموصى له الوصية، والدار تخرج من ثلث التركة، ففي هذه الحال يتملك الموصى له منفعة الدار، ويتوارثها من بعده ورثته كما يتوارثون ما يتركه من الأعيان المالية من العقار والعروض. وهكذا فلا ترجع الدار إلى ورثة الموصي إلا بانقراض الموصى له وورثته، ولن ينقرضوا إذا ما عد بيت المال من الورثة كما هو مذهب الشافعية والمالكية، ومن هذا ذهب بعض الشافعية إلى أن الوصية بمنفعة عين أبدا وصية برقبتها كذلك، فلا تبقى العين على ملك الورثة وتكون ملكا للموصى له، ولكن الأصح أن الرقبة تبقى على ملك الورثة، وتظهر فائدة هذا الملك حينئذ بجواز بيعهم العين الموصى بمنفعتها إما للموصى لهم بمنفعتها وإما لمن يرغب في هبتها لهم، أو تكون رغبة الموصى متجهة إلى المحافظة على عين الدار حتى لا يتصرف فيها الموصى له ببيع أو هبة فيبقيها على ملك ورثته، وقد تكون المنفعة الموصى بها منفعة معينة هي بعض منافع تلك العين، فيكون لورثة الموصى حينئذ أن ينتفعوا ببقية منافع هذه العين، وقد علمت فيما مضى

أن الحنفية لا يرون تأبيد المنافع، وأن الانتفاع في جميع حالاته ينتهي بموت المنتفع إذا لم ينته قبل موته، ومن ثم لا يورث عنه، أما تأبيد المنافع في الوقف فالأمر فيه يسير لأن الأصل في الوقف التأبيد، فإذا أبد الواقف منفعة لموقوف عليه يريد أن يجعلها لها طيلة حياته ثم تكون لورثته من بعده ميراثا عنه على حسب نظام المواريث، فليس في ذلك حرج وكأنه قد شرط ذلك في وقفه.

والنتيجة أن المنافع المؤبدة منافع مملوكة للمنتفع وهي أموال تنتقل بوفاته إلى ورثته ميراثا عنه عند من يقول بجواز تأبيدها، قال الرملي في نهاية المحتاج: ويملك الموصى له بالمنفعة ما أوصى له به من المنافع للزوم ذلك بالقول، ومن ثم جاز له أن يؤجر ويعير ويوصي، وأن تورث عنه وقيد ذلك صاحب الروضة في كتابه بالوصية المؤبدة أو المطلقة، أما إذا أوصى له حياته فالمجزوم به؛ أنه ليس تمليكا وإنما هو إباحة، ولذا لا يجوز له أن يؤجر وفي صحة إعارته قولان أ هـ.

بقيت حالة الإطلاق، وذلك بأن تملك المنفعة فلا ينص على مدة ولا على تأبيد، وهذه الحالة أيضا لا تأتي في الإجارة لما بيناه فيها من اشتراط المدة لصحتها ولا أثر لهذا الإطلاق في الإعارة لأنها عقد غير لازم عند الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية أيضا إذا ما أطلقت فلم تقيد بمدة على قول، وعلى القول الآخر عندهم أنها في هذه الحالة تلزم إلى مدة يرى في العرف والعادة أن الناس يقصدون إلى مثلها في مثل هذا الانتفاع، وهذا هو المعتمد عندهم، وإذن تعتبر العارية حينئذ مقيدة بالمدة التي يقضي بها العرف، ويكون حكمها حينئذ حكم العارية المقيدة بمدة معلومة صراحة، وقد عرفته فيما مضى.

أما في الوصية والوقف فيجيء الإطلاق كثيرا، فيوصي الإنسان بمنفعة داره لشخص فلا يذكر مدة ولا ينص على تأبيد، ويقف كذلك داره على شخص فيقتصر على ذلك، والحنفية في هذه الحال يجعلون الانتفاع مؤقتا بحياة الموصى له أو الموقوف عليه، ومن ثم فلا ميراث فيها، والشافعية والحنابلة والمالكية يرون ذلك أيضا في الوقف لجريان العرف بذلك حتى أصبح الإطلاق ظاهرا فيه عند الواقفين، أما في الوصية فهو في حكم التأبيد ومعناه عند الشافعية والحنابلة، لأن المنافع عندهم أموال،

وقد ملكت بلا قيد كما تملك الأعيان فيلزم الملك مؤبدا، ولذا يجرى فيها التوارث كما يجرى في الأعيان، وأما المالكية فيفرقون بين الوصية بمنافع عين لا حياة فيها وبين الوصية بمنافع حيوان، ففي الحال الأولى يكون الانتفاع مقيدا بحياة الموصى له وفي الثانية يكون الانتفاع مقيدا بحياة الموصى بمنفعته، وإلى هذا ذهب ابن القاسم وهو الراجح، وذهب أشهب إلى أنه لا فرق بين الحالين في اعتباره مقيدا بحياة الموصى له، قال عبد الباقي الزرقاني والنصوص مصرحة بخلاف ذلك، وعليه فإذا أوصى شخص لإنسان بمنافع داره المعينة كانت له منافعها ما دام حيا على قول ابن القاسم وأشهب وإذا أوصى له بمنافع دابته المعينة كانت له منافعها ما دامت حية عند ابن القاسم فإذا توفي حل وارثه محله إلى هلاكها، وكانت له منافعها ما دام حيا فقط عند أشهب.

والذي أميل إليه أن وارث المنتفع لا يحل محل مورثه في الإعارة والوصية والوقف عدا ما تملكه الموقوف عليه قبل وفاته على ما بيناه، وذلك لأن القصد في هذه الأحوال قلما يتجه إلى غير نفع ذات المستعير وذات الموقوف عليه، وهذا ما يتفق وعادات الناس ويلائم ما تعارفوه ودرجوا عليه، ويقوي ذلك أن التمليك فيها بغير بدل، وأن الشأن في هذا النوع من التمليك أن يكون الغرض منه منفعة شخص المملك «بفتح اللام» والتقرب إليه والاتصال به شخصيًا، وأن ذلك لا يكون إلا لخصوصيات له، فكان تمليكا مؤقتا في الواقع بمدة حياته وإلا لملكه العين نفسها، وإذا كان كذلك انتهى بموته ولا يتتقل شيء إلى ورثته، أما الإجارة فهي من قبيل المغاوضة والمبادلة وقصد التبادل بين العوضين فيها ظاهر، ولذا كان من الواضح أن يكون ما تملكه المستأجر من المنافع جزءا من تركته، وإذن يقوم وارثه فيها مقامه إذا التزم بما بقى على مورثه من الأجرة، ويكون للمؤجر حينئذ خيار الفسخ إذا لم يرض بذمته، أو كانت المنفعة مما تختلف باختلاف الناس، فإن العدالة تقضي أن يكون لمالك العين من الحق ما يستطيع به أن يحافظ على ملكه، فإنه إنما تعاقد مع شخص معين، وقد يكون الحامل له على هذا التعاقد ما يعهده فيه من أمانة وحرص وحسن استعمال، وقد يكون وارثه على خلاف ذلك، سيئ الاستعمال متهاونا في الصيانة قليل الأمانة، فإذا أبى وارث المستأجر أن يلتزم فالحكم ما ذكرناه فيما مضى عن ابن رشد. هذا ما أراه محققا للمصلحة والله الموفق للصواب.



الالتزامات

الالتزام وأنواعه:

٢٥- وأما مصير ما التزم به الإنسان إذا توفي، فالسقوط في بعض الأحوال، والبقاء في بعضها الآخر، غير أنه عند البقاء، لا يعدو تركته، ولا يلزم به غيره من ورثته أو ممن عداهم في أموالهم الخاصة، إذ القاعدة العامة أن لا إلزام بغير التزام، ذلك لأن الالتزام تعهد شخصي لا يسأل عنه غير الملتزم، فكان قاصرا عليه حال حياته، وعلى ما يتركه من أموال بعد وفاته إذا لم يؤثر فيه الموت بالسقوط لأنه يتركها حينئذ محملة بحقوق لغيره فتجب فيها، وتكون مسئولية غيره عندئذ لا تتجاوز مطالبته بالتنفيذ في تلك الأموال بقدر ما أعطي من الولاية عليها.

والالتزام نوعان، قسري واختياري، فالقسري ما كان نتيجة لإلزام ممن له حق الإلزام، وذلك كما في المطلوبات الدينية التي ألزم الله بها عباده، من زكاة وصدقات وحج وصلاة ونفقات وجزى[1] وغير ذلك من المطلوبات الشرعية، ومثلها المؤن المالية التي جعل لولي الأمر حق فرضها على الرعية كالخراج[2] وجميع الوظائف المالية التي تقضي مصالح الدولة العامة بفرضها على أصحاب الأموال سياسة شرعية.

والاختياري ما كان بإرادة الإنسان واختياره، ويكون بإلزام الإنسان نفسه ما لم يكن مطلوبا منه من قبل، وهو نوعان، نوع ينتج عن تعاقد وارتباط بين الإنسان وغيره، وذلك ضربان لأن هذا التعاقد قد يكون لازما لا يستقل أحد طرفيه بفسخه، فيكون الالتزام الناشئ عنه كذلك لازما، وذلك كما في الإجارة والكفالة[3] بالنسبة للكفيل والرهن بالنسبة للراهن وما أشبه ذلك، وقد يكون غير لازم، ومعنى ذلك

(١) جمع جزية وهو ما يؤخذ من الذمي من مال جزاء حمايته وبقائه على دينه.
(٢) الخراج وظيفة مالية يفرضها الإمام على الأرض التي أخذت عنوة وأعطيت لغير الفاتحين بقصد استثمارها جزاء انتفاعهم بها.
(٣) الكفالة الضمان وهي ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة بما يشغلها من دين.

أن أحد طرفيه يستقل بفسخه، فلا يكون الالتزام الناشئ عنه حينئذ لازما، وهو في هذه الحال الأخيرة، نتيجة لعهد صدر ضمن تعاقد بين شخصين دون أن يكون ذلك العهد مقابلا بالتزام من الطرف الآخر، كما في الهبة والوكالة والشركة والمضاربة[1] والعارية والقرض.

والنوع الثاني من الالتزام الاختياري، هو ما صدر عن عهد قطعه الإنسان على نفسه دون أن يكون ذلك ضمن تعاقد تم بينه وبين غيره، فيكون عهدا مبتدأ تم على وجه التبرع، وقد يصدر بمال، وقد يصدر بغير مال، كأن يتعهد أن يقوم بعمل من الأعمال التي لا تتصل بالمال، كالصلاة. وإذن فأنواع الالتزامات أو المطلوبات بناء على ما ذكر خمسة، وليس يعنينا منها إلا ما كان مالا أو ما كان له تعلق بالمال، وذلك **أربعة أنواع:**

أ- الواجبات القسرية من زكاة وصدقات منذورة[2] ونفقات ومؤن مالية وغيرها.

ب- الواجبات الناتجة عن تعاقد لازم كالآثار التي يلزم بها الراهن، والكفيل نتيجة لعقده ونحو ذلك.

جـ- المطلوبات الناتجة عن تعاقد غير لازم كالآثار الناتجة عن الهبة والشركة والوكالة وغيرها.

د- المطلوبات المالية التي يفرضها الإنسان على نفسه متبرعا بها.

وأما النوع الخامس وهو ما يفرضه الإنسان على نفسه من الأعمال التي لا تتصل بالمال، سواء أكان ذلك من قبيل العبادة أو من الأعمال المباحة، فإنه لا يخصنا، وإنما يخص من يبحث في العبادات أو في الأخلاق.

ومما تقدم يتبين أن الالتزام له صور مختلفة، وأحكامه تختلف باختلاف صوره، فإن كان معاوضة اشترط فيه شروط المعاوضة، فوجب أن تتوافر في كل من الملتزم والملتزم له والملتزم به، وإن كان تبرعا وجب أن تتوافر فيه شروط التبرع وهكذا مما هو مفصل في موضعه، فليرجع إليه من شاء إذ لسنا بصدد بيان أحكام الالتزامات ولكننا بصدد بيان تأثير الموت فيها إذا ما صدرت صحيحة.

(١) عقد يتم بين صاحب مال وآخر على أن يعمل فيه نظير الاشتراك في الربح.

(٢) النذر التزام طاعة لله تعالى.



أ- الواجبات التكليفية:

٢٦- فأما ما لزم الإنسان عن قسر وتكليف فهو عند الحنفية أربعة أنواع، **الأول**: ما يكون النظر فيه ابتداء إلى فعله لا إلى ما فيه من مال، لأن القصد من الإلزام به إنما هو ابتلاء المكلف واختباره ولذا يغلب فيه معنى العبادة، ويندرج تحته الزكاة وصدقة الفطر(١) والكفارات(٢) بأنواعها وفدية الصيام(٣) والحج وجزاء الصيد في الإحرام(٤) وما إلى ذلك. **الثاني**: ما يكون النظر فيه إلى الصلة والبر بالأهل والأقارب ويندرج تحته النفقات. **الثالث**: ما يكون النظر فيه إلى عقوبة المكلف جزاء له على جرم، كالكفر أقام عليه، ويندرج تحته الجزية. **الرابع**: ما يكون النظر فيه إلى معنى المؤونة والمال، فيفرض في الأموال كأجرة أو كوظيفة، ويندرج تحته العشر(٥) والخراج وجميع الوظائف والضرائب المالية التي يفرضها الإمام على الرعية لمصلحة ضرورية اقتضت ذلك.

والأنواع الثلاثة الأولى تسقط بالموت، ولا يؤخذ لأجلها شيء من تركة المتوفى إلا بوصية منه فتجب حينئذ في تركته وصية فيها، ويكون محلها الثلث فقط إلا إذا أجاز الورثة.

---

(١) صدقة الفطر ما وجب على الصائم في عيد الفطر من صدقة شكرًا لله على قيامه بفريضة الصوم.

(٢) الكفارات أنواع كثيرة منها كفارة اليمين عند الحنث فيه وهي إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة وعند عدم القدرة على ذلك صيام ثلاثة أيام.
وكفارة الفطر في رمضان إعتاق رقبة وإن عجز عنه فصوم شهرين متتابعين وإن عجز عنه فإطعام ستين مسكينا ومثلها كفارة الظهار وهي ما تجب على المظاهر من امرأته قبل أن يمسها إذا قال لها مثلا أنت عليّ حرام كظهر أمي ثم أراد أن يعود إليها. ومن أنواعها الكفارة عن المخالفة في الحج وتختلف باختلاف ما ترك من شعائره فتارة تكون بذبح شاة وتارة تكون بدفع صدقة إلى ما هو مفصل في موضعه.

(٣) ما يجب على الشيخ الفاني الذي أفطر في رمضان لعدم استطاعته الصيام ومقدارها عن اليوم نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير.

(٤) يحرم على المحرم بالحج أن يعتدي على صيد الحرم فإذا اعتدى عليه فعليه جزاء مثل ما قتل.

(٥) العشر ما يجب في الخارج من الأرض العشرية ومقداره عشر الخارج والأرض العشرية هي ما فتحت عنوة فأعطاها الإمام لمن فتحها إلى آخر ما هو مفصل في موضعه.

أما سقوط النوع الأول فلأن معنى العبادة فيه غالب، ومن شروط أدائها الطواعية والاختيار، وذلك لا يتحقق إلا إذا باشرها الإنسان بنفسه، أو أناب عنه غيره بوكالة في حياته، أو بإيصاء بعد وفاته حتى يصير حينئذ مؤديا لها إما بنفسه وإما بنائبه عن اختيار منه في الفعل أو في الإنابة فيه، فإذا مات ولم يوص بها لم تؤخذ من تركته؛ لأنه بالموت أصبح غير صالح لأن يبتلي ويختبر، ثم لا يمكن أن يجعل وارثه نائبا عنه بحكم الشرع من غير إنابة منه حتى يمكن أن يطالب بها وارثه بحكم هذه النيابة، إذ لو تم ذلك لكانت نيابة الوارث حينئذ نيابة جبرية، والجبر ينافي العبادة؛ لأنها فعل يؤديه العبد باختياره، ولهذا المعنى لا يجوز للإمام أن يأخذ الزكاة من صاحب المال جبرا عنه وبلا إذنه عند الحنفية، حتى لو أخذها كذلك لم تسقط عنه، كما لا تسقط عنه إذا ظفر بها الفقير فأخذها من غير إذنه، لأنه لا ولاية له على أخذها ولو أخذها كذلك لا يملكها خلافا للشافعي - رضي الله عنه -، ولهذا أيضا لم تجب في مال صبي ولا معتوه ولا مجنون، لانعدام التكليف فلا يخرجها الولي من أموالهم.

وأما سقوط النوع الثاني فلعدم إمكان قصد الصلة من المتوفى بعد وفاته، ولذا تسقط النفقات المتجمدة عن المدد الماضية بالموت، سواء أكانت للزوجة أم للأقارب، ولا تؤخذ من تركة من وجبت عليه بعد وفاته إلا إذا فارقها معنى الصلة فأصبحت التزاما وصارت من عداد الديون الصحيحة، وهي لا تصير كذلك إلا إذا كانت نفقة زوجية فقضى بها القاضي أو وجبت بالتراضي بين الزوجين، أو كانت نفقة أقارب فقضى بها القاضي وأذن باستدانتها واستدانها المقضي له بها فعلا، واستثنى الزيلعي نفقة الصغير فألحقها بنفقة الزوجية، فعند ذلك تصير هذه النفقات من الديون الصحيحة ولا تسقط بالموت وتؤخذ من تركة من وجبت عليه بعد وفاته، حكمها حكم الدين يكون على المتوفى، لأنها أصبحت حقا واجبا بالقضاء أو الالتزام.

وأما سقوط النوع الثالث فلأن المتوفى ليس أهلا للعقوبة بعد وفاته، حتى تؤخذ الجزية من تركته. ولهذا سقطت الجزية بالموت عند الحنفية بلا خلاف بينهم، لأنها إنما وجبت على الذمي جزاء بقائه على الكفر، فإذا مات فلا محل للعقاب.

أما النوع الرابع وهو ما غلب فيه معنى المؤونة فلا يسقط بالموت، وذلك كالعشر والخراج وجميع الضرائب المالية، لأنها فرضت على اعتبار أنها حق في المال، والموت لا يذهب بحقوق أصحاب الحقوق، فالعشر مثلا قد وجب مؤونة للأرض العشرية، ولذا يجب فيما خرج منها، لا دينا في ذمة صاحبها، فإذا هلك الخارج من غير تعد بعد وفاة صاحب الأرض، هلك الواجب فيه بهلاكه، لأنه وجب في الضمان مقدار عشره مؤونة، ويضم إلى عشر الباقي منه إذا كان المستهلك بعضه فقط، ولذا يجوز للإمام أن يأخذه قهرا فيسقط بأخذه الواجب، بخلاف الزكاة كما قدمنا، وعلى هذا لا يسقط العشر بالموت متى كان الطعام الخارج من الأرض قائما عند الوفاة وهذا هو أرجح الأقوال عند الحنفية، وروى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة أنه يسقط بالموت أيضا كالزكاة لأنه في معناها، وعلى هذه الرواية يكون معنى العبادة فيه غالبا، وهي رواية أيضا عن أبي يوسف كما في البدائع[1].

وأما إذا هلك الخارج قبل وفاة صاحب الأرض، فتوفي بعد هلاكه، فإن كان هلاكه من غير تعد سقطت مؤونته وهي العشر بسبب الموت بالاتفاق. إذ لا بقاء له قبل الوفاة لسقوطه بهلاكه مع الخارج، وإن كان هلاكه بتعد فإن العشر يجب في العوض إذا كان المستهلك أجنبيا، فإن كان المستهلك صاحب الأرض، وجب العشر في ذمته باستهلاكه، فإذا مات سقط عنه بموته، لأنه يعتبر حينئذ كدين الزكاة، ودين الزكاة يسقط بالموت، وسبب ذلك أنه لما تعلق بالذمة عند الاستهلاك وصار مطالبا به حقا لله تعالى صار معنى العبادة فيه أظهر، فسقط بالموت ولا يؤخذ من التركة إلا إذا أوصى به.

وكذلك الخراج وجب مؤونة أو أجرة للأرض الخراجية، فإذا توفي ذو اليد عليها لم يسقط الخراج لما فيه من معنى الأجرة فصار كالدين، وبهذا جزم صاحب الملتقى وصاحب مجمع الأنهر، وذهب بعض الحنفية إلى أنه يسقط بالموت كالجزية لما فيه من معنى العقوبة ولذا لا يفرض على مسلم ابتداء[2]، ولا محل للعقوبة بعد

(١) انظر بدائع الصنائع للكاساني جـ٢ ص ٦٥.

(٢) معنى العقوبة فيه كما قالوا إنه فرض على قوم أعفوا من واجب الدفاع والجهاد ولذلك كلفوا بالعمل في الأرض نظير قيامهم بدفعه ونحى عنها الفاتحون من المسلمين حتى لا يشغلوا. والواقع أن معنى العقوبة فيه بعيد يدل على ذلك ما أثر عن عمر وأصحابه من النقاش عند فرضه.

الوفاة، وذكر صاحب الدر المختار أنه الأصح ونقل ذلك عن الحاوي. ولست أرى هذا الرأي، لأن الأرض الخراجية هي ما أخذت عنوة بالقهر والغلبة فكانت بذلك حقا للمسلمين، ولكن الإمام رأى من المصلحة أن يبقيها في أيدي أهلها على أن يضع عليها الخراج ليكون فيه مؤونة للغزاة ونفقات الدفاع وما تتطلبه المصالح العامة لبلاد المسلمين في المستقبل لا عقوبة، وسقوطه بالموت فيه تفويت لهذه الغاية وإضاعة لمال تعلق به حق المسلمين العام فلا ينبغي أن يصار إليه، فأوجه الرأيين هو ما ذهب إليه صاحب الملتقى، ولا يتنافى مع ذلك اعتبار الأرض الخراجية مملوكة لمن أبقيت في أيديهم كما هو مذهب الحنفية؛ لأن توظيف الخراج عليها إنما كان نتيجة لتملكهم لها بعد الاستيلاء عليها بالقوة، فكان مؤونتها ووظيفتها، ومثل الخراج في عدم سقوطه بالموت مع ما قدمنا جميع الوظائف المالية التي يفرضها الإمام لمصلحة عامة اقتضت ذلك فلا تقسط بوفاة من فرضت عليه في ماله.

ذلك ما ذهب إليه الحنفية، أما الشافعية والحنابلة فقد رأوا أن جميع ما لزم الإنسان عن تكليف سواء أكان فيه معنى العبادة أم لا، لا يسقط بالموت، لأنها حقوق مالية تعلق بها حق الكافة أو حق الفقراء، فلا يسقطها الموت، ودليلهم على هذا من السنة ما رواه ابن عباس - رضي الله عنه - من أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أمي نذرت أن تحج، فلم تحج حتى ماتت، أفأحج عنها؟ فقال ﷺ: «نعم حجي عنها، أفرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته؟ قالت نعم قال ﷺ: فاقضوا الله فالله أحق بالوفاء» وفي رواية أخرى «فدين الله أحق أن يقضى». فقد شبه رسول الله ﷺ دين الله بدين العباد في وجوب الوفاء به، ودين العباد يقضى من التركة فكذلك دين الله تعالى فلا يسقط شيء منه بالموت، غير أنهم يرون أن نفقة الأقارب التي لم يقض بها القاضي أو التي لم يؤذن باستدانتها تسقط بالموت كما تسقط بمضي المدة لأنها لم تتقرر في الذمة، ولكن إذا قضى بها القاضي أو أذن باقتراضها تقررت وصارت دينا، وتؤخذ من التركة بعد الوفاة كما تؤخذ نفقة الزوجة، وإذن فالفرق بينهما أن نفقة الزوجة تعتبر دينا يؤخذ من التركة على الأظهر بلا حاجة إلى قضاء

قاض بها أو إذن باقتراضها بخلاف نفقة الأقارب[1]. وعلى هذا فلا يشترطون في نفقة الزوجية القضاء، ولا في نفقة الأقارب أن تستدان فعلا، لأخذها من التركة بعد الموت كما اشترط الحنفية. وفي المحرر للحنابلة رواية أخرى وهي أن نفقة الأقارب لا تجب عما مضى من المدة وإن فرضت إلا أن تستدان بإذن الحاكم فتجب ولا تسقط[2].

وكذلك لا تسقط بالموت عند الحنابلة نفقة الزوجة والأقارب إذا امتنع من وجبت عليه من الإنفاق بعد مطالبته به، فأنفق غيره بنية الرجوع عليه، لأن ذلك المنفق قام عنه بواجب، فكان قيامه به كقيامه بقضاء الدين عنه، وإذا قضى دينه، ولو من غير طلبه كان له حق الرجوع عليه عندهم في تركته، فكذلك إذا أنفق بعد الامتناع والطلب[3].

وذهب المالكية إلى ما يقارب مذهب الحنفية، فرأوا سقوط ما يغلب فيه معنى العبادة أو ما أريد به العقوبة من هذه الواجبات بالموت، ولا يقضى بإخراج شيء من التركة لأجله إذا ما توفي المتوفى قبل أدائه، جبرا عن ورثته، إلا إذا كان قد أوصى به قبل وفاته لما بينا من الأسباب عند شرحنا لمذهب الحنفية، فإذا كان المتوفى قد أوصى بإخراجه وجب تنفيذ وصيته في ثلث تركته، وإن لم يوص كان ذلك إلى ورثته إن شاءوا أخرجوا، وإن شاءوا تركوا، ولا يجبرون على ذلك ولا يقضى به عليهم، وذلك كالحج المفروض والكفارات بأنواعها، سواء أكانت كفارات يمين أو صيام أو ظهار أو عن مخالفات في الحج، وكفدية الصيام وصدقة الفطر والجزية.

وكذلك الزكاة غير أن ما وجب منها على المتوفى قبل وفاته - كزكاة الأموال من الذهب والفضة وزكاة الثمار والزرع - فتوفي قبل إخراجه دون أن يتمكن من ذلك، فإنه إذا أوصى بإخراجه لم يسقط حينئذ بموته ووجب إخراجه من جميع تركته لا من ثلثها خلافا للحنفية كما تقدم، وإن لم يوص به، سقط بموته على رواية ابن القاسم، لأنه إذا ترك الإيصاء به فلعل ذلك لأنه أخرجه. وعن أشهب لا يسقط بموته وأخرج

(١) راجع نهاية المحتاج في باب مؤونة الأقارب.
(٢) راجع كشاف القناع.
(٣) راجع كشاف القناع.

من رأس ماله جبرا عن ورثته أوصى به أم لم يوص وذلك لأنه حق لم يفرط في إخراجه فكان واجبا من رأس المال، أما إذا فرط في إخراجه بأن تمكن من إخراجه قبل الوفاة وبعد وجوبه ثم لم يفعل ثم توفي فإنه يسقط بوفاته اتفاقا لأنه عبادة لم يؤدها، وإذا أوصى بإخراجه في هذه الحال أخرج من ثلث ما ترك فقط، إذ لو أخرج من جميع ما يترك لأوشك أن يفرط في زكاة أمواله كل عام ولا يخرجها، ثم يحصي ذلك، ويوصي به عند موته، وربما جاء الموت وقد استغرقت الزكاة التي لم يؤدها تفريطا جميع أمواله أو زادت، فيؤدي ذلك إلى إبطال الميراث أو إبطال الزكاة إذا ما بقي من أمواله دون النصاب.

وأما ما لم يجب قبل الوفاة كزكاة السوائم، إذا توفي صاحبها بعد أن حال عليها الحول وقبل حضور المصدق[1] مثلا فإنه يسقط بوفاته لعدم وجوب أدائه، إذ لا يجب إلا بحضور المصدق وإن حال الحول.

هذا ويلاحظ في زكاة الزرع والثمار أنها حق الخارج، ولذا لا يظهر في الواقع أثر لوفاة صاحبه، لأنه مؤونة الخارج تجب إذا حل وقته أيا كان مالكه، فإذا توفي بعد وجوبه بأن أفرك الزرع واستغنى عن الماء أو زهت الشجرة وطابت فتوفي صاحبها بعد ذلك، فقد وجبت الصدقة ووجب إخراجها على حسب ما قدمنا من بيان ولا يلتفت إلى ما يصير للورثة منها، سواء أبلغ النصاب أم لم يبلغ لأن الحق الواجب أصبح جزءا شائعا فيها، ولكن إذا توفي صاحبها قبل ذلك، فصار منها لكل وارث ما لا تجب فيه الصدقة، وهو خمسة أوسق فلا شيء عليهم، وإن صار منها لهم ما تجب فيه الصدقة، فعلى من بلغت حصته ذلك إخراجها[2].

وأما النفقات فإن كانت لزوجة فلا تسقط عند المالكية بالموت إذا وجبت لها سواء أكان ما أنفقته على نفسها من مالها أم اقترضته، حكم بوجوبه حاكم أم لا لتقررها في ذمته. هذا ونفقة الزوجة عندهم لا تجب لها على زوجها إلا عند يساره إلى آخر ما هو مفصل في موضعه.

(١) راجع الجابي.
(٢) راجع الأم والحطاب والباجي والزرقاني والمواق.

وإن كانت للأقارب وهي لا تجب عندهم إلا للولد والأبوين، فإنها تسقط بالموت ولا تؤخذ من التركة، لأنها إنما وجبت صلة لسد الحاجة، وقد ظهر بمضي الزمن إن لم تكن حاجة فتسقط، بخلاف نفقة الزوجة فإنها وجبت نظير الاستمتاع بها وقد استوفاه الزوج فلا تسقط لشبهها بالأجرة. وهذا إذا لم يقض بنفقة الأقارب عما مضى من الزمن قبل الوفاة قاض لا يرى سقوطها بمضي الزمن، فإن قضى بها، فحكم بأدائها عما مضى لم يسقط بالموت ما حكم به، لصيرورته حقا واجبا بالقضاء، وينبغي أن يلاحظ هنا أن المالكية لا يرون القضاء بالنفقة مستقبلا، لأن حكم الحاكم عندهم لا يدخل في المستقبلات لعدم تقررها وثبوتها، ولاحتمال سقوطها، فلا يجوز له أن يفرض شيئا في المستقبل يقرره على الدوام لأنه يختلف قدرا باختلاف الزمن والأحوال وقد يسقط مع ذلك فلا يحتمل القضاء به[1].

وأما ما كان في معنى المؤونة والكراء من هذه الواجبات فلا يسقط بالموت عندهم كالخراج والوظائف المالية الأخرى[2].

ب- الواجبات الناتجة عن تعاقد لازم:

٢٧- وأما ما لزم الإنسان نتيجة لتعاقد ملزم، فإنه يختلف باختلاف نوع ذلك التعاقد.

الالتزام الناشئ عن السلم[3]:

فإن كان التعاقد سلما، لم يكن للموت تأثير فيما ترتب عليه من التزام، سواء في

---

(١) راجع الزرقاني.

(٢) راجع الزرقاني.

(٣) السلم بيع مبيع آجل بثمن عاجل، كأن تشتري عشرين قنطارا من القطن السكلاريدس أو خمسين أردبا من القمح الهندي بمبلغ معين من المال تدفعه إلى البائع في مجلس العقد على أن يسلم إليك القطن أو القمح في أول يوم من شهر ديسمبر المقبل، فتسمى حينئذ مسلما والبائع مسلما إليه والمبيع من القطن أو القمح مسلما فيه والثمن رأس مال السلم ويشترط في صحته تأجيل المبيع ودفع الثمن في مجلس العقد وأن يكون السلم فيه من الأموال المثلية إلى آخر ما ذكروه في ذلك من شروط فصلت في محلها

ذلك ما لزم المسلم وما لزم المسلم إليه، عند الأئمة الأربعة - رضي الله عنهم - ما عدا الأجل.

فإذا مات المسلم قام وارثه مقامه عندهم كما يقوم وارث الدائن مقام مورثه في الدين عند وفاته، لأن المسلم فيه ليس إلا دينا ثابتا للمسلم في ذمة المسلم إليه، وإذا مات المسلم إليه سقط الأجل بموته وحل وقت وجوب تسليم المسلم فيه إلى المسلم، كما يحل كل دين مؤجل بموت المدين، وخالف في ذلك الحنابلة، فاشترطوا في سقوط الأجل بموت المسلم إليه ألا يوثق المسلم فيه برهن أو كفيل مليء، سواء أقام بذلك التوثيق ورثة المسلم إليه أو غيرهم، فإذا وثق لم يحل وقت أداء المسلم فيه، شأنه شأن كل دين مؤجل يموت من وجب عليه قبل حلول أجله، وعند ذلك لا يوقف شيء من التركة على ذمة المسلم فيه عند الحنابلة، وإذا جاء وقت تسليمه ألزم بذلك الكفيل فعليه إحضاره وتسليمه، إن كان قد وثق بكفيل أو بيع الرهن واشترى المسلم فيه من ثمنه إن كان قد وثق برهن، كالحكم في كل الديون المؤجلة إذا وثقت، وإن لم يحصل التوثيق حل المسلم فيه، وحاصص المسلم في التركة باعتبار المسلم فيه دينا له عليها.

أما الحنفية والشافعية فيرون أن المسلم فيه يحل بموت المسلم إليه على أية حال، وإذن يجب تسليمه من التركة إن وجد فيها فإن لم يوجد أخذ منها فاشترى من الأسواق، سواء أأخذ من أعيانها ما يباع فيشترى بثمنه أم أخذ من نقودها لهذا الغرض إن كان فيها نقود، ولا يباع من أعيانها إلا عند انعدام النقد فيها، فإن لم يوجد المسلم فيه بالأسواق بطل السلم، أما عند الحنفية فلأنهم يشترطون في صحته استمرار وجود المسلم فيه بالأسواق من وقت العقد إلى وقت التسليم، وأما عند الشافعية فلاشتراطهم أيضا وجوده في الأسواق عند حلول وقت تسليمه[1].

وأما المالكية فإنهم وإن ذهبوا إلى سقوط الأجل بوفاة المسلم إليه كما هو الحكم في كل الديون المؤجلة عندهم يموت فيها من وجبت عليه، إلا أنهم يفصلون بين ما إذا حصلت وفاة المسلم إليه قبل زمن الأبان - وهو وقت وجود المسلم فيه عادة -

(١) راجع الأم جـ٣ ص ١٨٨ ونهاية المحتاج جـ٤ ص ١٨٩.

وبين ما إذا كانت بعده، فإن كانت بعده فالأمر ظاهر والحكم كما تقدم في بيان مذهب الحنفية والشافعية وذلك لوجود المسلم فيه بالأسواق عندئذ، وإن حصلت قبله فقد رأى ابن رشد وقف تقسيم التركة بين الورثة إلى زمن الأبان إذا وجد أن ثمن المسلم فيه يستنفد التركة جميعها، أما إذا زادت التركة عنه، فلا يوقف منها إلا قدر ما يرى أنه يفي بشراء المسلم فيه، ثم يقسم ما سواه من التركة على الورثة، وعلى رواية أشهب يجب وقف قسمة التركة على أية حال لأنه لا يجوز قسمتها وعلى الميت دين، وقال ابن عبد السلام إن كان على المسلم إليه ديون قسمت التركة عليها ليباع ما يخصها وضرب للمسلم بنسبة قيمة المسلم فيه على قدر ما يعرف من العادة وغلبة الأحوال من غلاء ورخص، وأخذ بعضهم بهذا الرأي مشترطا وقف ما يصير للمسلم بالمحاصة، إلى أن يأتي زمن الأبان فيشتري له به ما أسلم فيه، فإن لم يوف به رجعنا بالفرق فيما يظهر للميت من مال بعد، وإن زاد لم يشتر إلا قدر ما أسلم فيه، وكان الباقي لمن يستحقه من دائنين أو ورثة، ولو هلك المال الموقوف قبل الشراء كان هلاكه على المسلم إليه لأنه باق على حكم ملكه وله نماؤه[1].

وفي الحقيقة أن المسلم فيه دين ثبت بمعاوضة هي عقد السلم، وكثيرا ما تجب الديون نتيجة لمعاوضات مالية، وقد تجب نتيجة لضمان ناشئ عن تعد أو استهلاك لمال الغير، وعلى أية حال وجبت فإن موت الدائن لا يؤثر فيها ويحل وارثه محله فيما كان له منها موصوفا بوصفه خلافا لابن حزم كما قدمنا.

أثر وفاة المدين فيما عليه من دين:

٢٨- وأما وفاة المدين فقد علمت مما تقدم أن أبا حنيفة - رحمه الله تعالى - يجعل الموت سببا لخراب الذمة وضعفها وعدم قدرتها على أن تتحمل مستقلة ما كانت مشغولة به من ديون، وذلك ما لم تتقو بأحد أسباب ثلاثة. أحدها أن يترك الميت مالا، ثانيها أن يترك كفيلا بالدين، فتكون قوية بالنسبة لهذا الدين المكفول، ثالثها أن يلزمه الدين بعد وفاته بسبب باشره في حال حياته، كأن يحفر في الطريق العام حفرة،

---

(١) راجع الحطاب جـ٤ ص ٥٣٥ والزرقاني جـ٥ ص ٥٣٥ والرهوني جـ٥ ص٣٠٠.

فيتردى فيها بعد وفاته حيوان لغيره فيهلك كما قدمنا، فتعتبر قوية بالنسبة لهذا الدين اللاحق، فإن لم تتقو بواحد منها، ضعفت عن تحمل الدين، فاعتبر ساقطا بالنسبة لأحكام الدنيا لا بالنسبة لأحكام الحياة الآخرة، وهو الإثم الأخروي والعقاب على المطل، ذلك لأن ليس للدين مظهر إلا المطالبة بأدائه، بدليل أن الفقهاء قد عرفوه بأنه وصف شرعي يظهر أثره في توجه المطالبة به، فإذا انعدمت المطالبة به لعدم أهلية الميت لأن يطالب، لم يكن للدين مظهر ولا أثر خارجي، فاعتبر ساقطا، ولهذا لا تصح الكفالة به بعد الموت حينئذ عنده إذ لا تصح الكفالة إلا بدين موجود، وهذا الدين قد انعدم بزوال محله، وهو الذمة التي خربت بالموت، وهذه ضرورة اقتضتها حال الموت وما فيه من معنى العجز التام، ولكن إذا ترك الميت مالا بقيت ذمته قوية لوجود محل يستوفى منه الدين، ولتحقق المطالبة به كذلك حينئذ، فيطالب بأدائه كل من الوصي الوارث باعتبار كل منهما خليفة عن المدين، فلم توجد ضرورة قاضية باعتبار الذمة معدومة فاعتبرت لهذا موجودة قوية بالمال الذي تركه المتوفى وأمكن حينئذ اعتباره محلا للاستيفاء، ولم يتأت لقائل أن يقول إن الدين قد انعدم لخراب محله.

وكذلك إذا ترك بالدين كفيلا، اعتبرت ذمة المدين المتوفى بما انضم إليها من ذمة الكفيل قوية متحملة للدين، لإمكان استيفائه حينئذ بمطالبة الكفيل، إذ لو اعتبرناه ساقطا لسقط كذلك عن الكفيل - لأن براءة الأصيل تستتبع براءة الكفيل - ولا موجب إلا وفاة الأصيل، وهي لا تسقط حقا للدائن تعلق بالكفالة، فاعتبرت لذلك ذمة الكفيل مقوية لذمة الأصيل المتوفى أو بعبارة أوضح، اعتبرت محلا لاستيفاء هذا الدين فلم يسقط.

وكذلك الحال إذا لزم الدين الميت بعد وفاته بسبب كان في حال حياته كما قدمنا، لاضطرارنا إلى إثباته في الحال - وإن كنا قد جعلناه مستندا إلى وقت السبب- حتى لا يضيع حق صاحب المال المتلف، وإثباته في هذه الحال يقتضي حتما اعتبارها قوية حتى تتحمله وإلا لم يثبت. وخلاصة القول إن أبا حنيفة - رحمه الله تعالى - يرى أن الموت مسقط للدين عن المدين في غير هذه الأحوال الثلاثة.

وذهب الشافعي وأبو يوسف ومحمد إلى خلاف ذلك، وقالوا إن الموت لم يشرع مبرئا للحقوق ولا مسقطا، وإن الدين بعد وفاة المدين ثابت في ذمته، وتصح به الكفالة، ويصح لغيره أن يتبرع بأدائه عنه، وليس أدل على ذلك من حديث جابر - رضي الله عنه -، فقد روي أن رسول الله ﷺ كان لا يصلي صلاة الجنازة على من مات وعليه دين، وقد أتي بميت ليصلى عليه فقال ﷺ: «أعليه دين؟ فقال أصحابه نعم ديناران. فقال ﷺ: صلوا على صاحبكم، فقال أبوقتادة - رضي الله عنه - هما علي يا رسول الله، فجعل رسول الله ﷺ يقول: هما عليك وفي مالك، والميت منهما بريء، فقال أبو قتادة نعم، فصلى عليه». فهذا دليل على أن الوفاة مع الإفلاس لا تسقط الدين، وأن الكفالة مع ذلك بعد الوفاة صحيحة، لأن النبي ﷺ قد أقرها. وقد أجيب عن الحديث بأنه يحتمل أن قول أبي قتادة لم يكن إنشاء للكفالة وإنما كان إقرارا بها وإخبارا بأنه كان قد كفله من قبل، كما أجيب عن صحة تبرع الأجنبي بأداء دين الميت بعد وفاته، بأن مرجع ذلك إلى عدم سقوط الدين بالنسبة للدائن، فيصح التبرع بالنظر له فقط لا بالنسبة إلى المدين المتوفى، وذلك لأن سقوط الدين، إنما كان ضرورة اقتضاها ضعف ذمة المدين وخرابها بالموت، فيتقدر ذلك بقدر هذه الضرورة، لأن الضرورات تقدر بقدرها، وإذن فلا يراعى في سقوط الدين حينئذ إلا المدين فقط ويبقى اعتباره موجودا بالنسبة للدائن، فكان لمن أراد التبرع أن يؤديه إليه نظرا له.

ولا شك أن الجواب عن الحديث بعيد عن مفهومه، وعما يدل عليه قول الرسول ﷺ هما عليك وفي مالك، والميت منهما بريء، وعن مفهوم قول أبي قتادة، هما عليَّ يا رسول الله، وأن الجواب عن صحة التبرع بعد الموت سقيم، لأنه إذا سقط الدين بالنسبة للمدين استتبع ذلك حتما سقوطه بالنسبة للدائن، وإلا وجد دائن من غير مدين وهذا غير مقبول[1].

والخلاصة أن وفاة المدين لا يترتب عليها سقوط الدين بحال عند الشافعي وأبي يوسف ومحمد وإنما يترتب عليها سقوط الأجل إذا كان مؤجلا لما قدمناه، ويتعلق الدين حينئذ بما يتركه المدين من أموال سواء أكانت ظاهرة، أم خفية ثم ظهرت بعد

(١) راجع كشف الأسرار جـ٤ ص ١٤٣٣ والتحرير جـ٢ ص ١٨٩.

ذلك، فيستوفى الدين منها كما سيأتي بيانه، وعند أبي حنيفة يسقط الدين بوفاة المدين مفلسا في غير الأحوال التي بيناها، ولا أثر لذلك من الناحية العملية إلا من جهة صحة الكفالة بعد الموت فهي غير صحيحة عنده وصحيحة عندهم، أما صحة التبرع بأدائه فمحل اتفاق بينهم.

الالتزام المترتب على الإجارة:

٢٩- وإن كان التعاقد إجارة فإن آثارها تظهر في كل من المؤجر والمستأجر والأجير. والمؤجر هو من ملك غيره منفعة عين من أمواله نظير مال معلوم في مدة معلومة، والمستأجر من تملك تلك المنفعة، والأجير من استؤجر ليقوم بعمل معين من الأعمال، كموظف وطبيب ومهندس وبناء ونجار وخادم وغيرهم من أرباب المهن والصناعات.

ويعقد الإجارة يلتزم المؤجر أن يسلم إلى المستأجر العين المؤجرة ليستوفي منها ما قد تعاقدا عليه من منافعها في المدة المعينة، وبه يلتزم الأجير أيضا أن يقوم بما طلب منه من عمل معين في العقد، وقد قدمنا ما يتعلق بالمستأجر وتأثير الموت فيما يملكه من المنافع بعقد الإجارة عند الكلام على ملكية المنفعة وقبولها التوارث، وأما ما يتعلق بكل من المؤجر والأجير فمحل خلاف بين الحنفية وغيرهم.

فذهب الحنفية إلى أن وفاة كل من المؤجر والأجير تنهي التزامه وتبطله، سواء أبدأ في الوفاء به أم لم يبدأ، فينفسخ عقد الإجارة بها، ويبطل ما ترتب عليه من التزام إن لم يبدأ في تنفيذ العقد، أو ما بقي منه إن بدأ في تنفيذ العقد فحصلت الوفاة قبل انتهائه. أما بالنسبة للمؤجر فلأن التزامه ثمرة لعقد ينعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنافع عند استيفائها كما بينا في الكلام على توارث المنافع، فإذا توفي انفسخ العقد وبطل فيما يأتي لعدم إمكان تجدده بسبب وفاة أحد طرفيه أولا، وبسبب انتقال ملكية محله - وهو العين - إلى غير عاقده ثانيا، ذلك أن وفاة المؤجر يترتب عليها انتقال ملكية العين المستأجرة إلى ورثته وهم غيره، ويتبع ذلك تملكهم لما يتجدد من منافعها بعد وفاة مورثهم، وتملكهم لهذه المنافع يحول دون نفاذ التزام مورثهم فيها، لأنه لا يجوز التزام في مال الغير، وقد علمت أن هذا الالتزام لم يصح عند الحنفية إلا

على اعتبار أنه يتجدد بتجدد المنافع، وإلا فإنه يكون التزاما في معدوم وهم لا يقولون بصحة ذلك لعدم تملكه.

وبناء على ما ذكرنا فإذا توفي المؤجر وقد عجل له المستأجر الأجرة عن المدة التالية لوفاته، فإن هذه الأجرة تعتبر دينا عليه وترد إلى المستأجر من تركته. ويكون المستأجر فيها مقدما على بقية الغرماء في الاستيفاء من العين المستأجرة لتعلق حقه بها كما سيأتي في طريقة توزيع التركة.

وأما بالنسبة للأجير فإن العقد كان على ما سيقوم به من عمل معين عند التعاقد، وبوفاته استحال قيامه بذلك العمل ففات محل العقد بوفاته فواتا محققا، فيبطل العقد بسبب ذلك، وإذا بطل، بطلت آثاره، ذلك لأن المعقود عليه عمل خاص هو عمل ذلك الأجير لا عمل غيره، ولا شك أن الأعمال تختلف باختلاف من يقوم بها ويباشرها، فهذا يجيد العمل ويحسنه وذلك يسيء العمل ويهمله وهكذا، فلا يبقى العقد لذلك، وإلى هذا ذهب الشافعي وسفيان الثوري والليث بن سعد وابن حزم.

ورأى مالك والشافعي وأحمد ومكحول وابن سيرين غير ذلك، فذهبوا إلى أن التزام المؤجر لا ينتهي بوفاته، ولا يلزم به ورثته بأشخاصهم في أموالهم الخاصة بهم التي لم يرثوها عن المؤجر، وإنما يستمر تنفيذه في ماله، ذلك لأنهم يعتبرون المنافع التي وقع التعاقد عليها موجودة عند العقد بوجود ما تستوفى منه، ويرتبون على ذلك أن المستأجر قد ملك جميع هذه المنافع بالعقد، وأن العين التي استؤجرت قد انتقلت بالوفاة إلى ورثة المؤجر مسلوبة تلك المنافع، لأنها ملكت لغيرهم - وهو المستأجر - بعقد الإجارة السابق، فيجب عليهم تبعا لذلك أن يسلموا العين إلى المستأجر ليستوفي منها منافعه التي تملكها، وإن شئت قلت يجب عليهم ألا يتعرضوا للمستأجر في العين المستأجرة حتى يستوفي المستأجر منها كل ما ملك بالعقد، وهذا إذا كانت العين معينة في العقد وأما إذا لم تكن عينت في العقد وكانت المنفعة التي وقع التعاقد عليها دينا في الذمة، كأن يتم التعاقد على أن ينقل القطن من مكان إلى آخر، فإن الواجب حينئذ أن يستأجر من تركة المكاري - وهو من التزم بالنقل - ما تؤدى به المنفعة المعقود

عليها، فإن لم تكن له تركة خير وارثه فإن شاء وفى بالمنفعة فاستحق لذلك الأجرة على المستأجر وإلا فسخت الإجارة[1].

وكذلك الحال بالنسبة لوفاة الأجير، إذا كان العقد قد تم على مجرد العمل وتنفيذه بواسطته أو بواسطة غيره ممن يكلفه بذلك، فعند ذلك يستأجر من تركة الأجير من يقوم بهذا العمل، فإن لم يكن له تركة خير الوارث كما تقدم بين المضي في العقد فيستحق الأجر وبين أن يفسخ العقد، أما إذا تعلق العقد بعين الأجير، كأن شرط أن يقوم نفسه بهذا العمل، أو كان ذلك العمل مما يختلف باختلاف من يقوم به وتتفاوت أجرته تبعا لذلك، أو كان للأجير ميزة خاصة فيه عرف بها، أو ما أشبه ذلك فإن الالتزام حينئذ يبطل بالوفاة اتفاقا وترد الأجرة من التركة إن كانت قد عجلت[2].

وعلى الجملة فالمالكية يرون أن الإجارة لا تنفسخ بزوال ما يستوفي المنفعة وما عقد من أجله العقد، ولكن بزوال ما تستوفى منه المنفعة كموت الدابة المعينة لذلك في العقد وانهدام الدار المستأجرة وموت الأجير الخاص.

هذا وللحنابلة بيان مفيد فيما يترتب على زوال ولاية المؤجر من الآثار نذكره لما فيه من شرح وتعليل يستبين بهما الموضوع، قالوا: إذا أجر إنسان عينا ثم زالت ولايته قبل انتهاء مدة الإجارة فإن لذلك حالتين، إحداهما أن تكون إجارته لغيره بما له من ولاية ذلك، وفي هذه الحال إن كان وكيلا فالكلام إنما يكون في موكله، والعبرة ببقاء ولايته، لأن عمل الوكيل يعد صادرا من الموكل، وإن كان وليا أو وصيا أو قيما فانتهت ولايته بوفاته أو بعزله أو سلب ولايته، لم تنفسخ الإجارة، لأن الولاية في هذه الحالة تنتقل إلى غيره فيقوم الولي الثاني مقام الأول، وإن كان انتهاؤها بزوال الولاية نهائيا فإن كان ذلك مرجعه إلى موت المولَّى عليه، كان الحكم فيه كالحكم عند وفاة المؤجر الذي يعمل لنفسه وقد تقدم، وإن كان مرجعه إلى زوال الحجر ففي انفساخ الإجارة

---

(١) راجع نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٣٠ والأم.

(٢) راجع نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٢٩ والبهجة جـ٢ ص ١٧٠ وكشاف القناع جـ٢ والمغني من باب الإجارة والفوائد لابن رجب.

حينئذ قولان، أشهرهما عدم انفساخها وهو قول القاضي وأصحابه، لأنها وقعت عن ولاية فكانت ملزمة (كما لو زوج الولي الصغير أو باع عقاره ثم بلغ رشيدا). وثانيهما أنها تنفسخ وذكره صاحب المغني، ووجهه أن العقد انتهى إلى مدة ظهر أن لا ولاية له على المولى عليه فيها، وقياسه على عقد البيع والتزويج قياس مع تحقق الفارق لأن كلا منهما يبرم في الحال وتستقر آثاره، بخلاف عقد الإجارة لأنها تتجزأ على المدة ولا يستقر الملك فيها إلا باستيفاء المنافع.

وللشافعي – رحمه الله تعالى – مع بعض الحنفية نقاش مفيد في ذلك رأيت أن أذكره لنعلم منه كيف كان السلف يتناقشون ويبحثون ويستدلون ويقيسون الأمثال بالأمثال. قال في الأم[1]. مع قليل من التصرف قصدا للإيضاح:

«وإذا تكارى الرجل الدار من الرجل فالكراء لازم له، لا ينفسخ بموت المكتري[2] ولا بموت المكري[3]، ولا يحال أبدا ما دامت الدار قائمة. فإذا دفع الدار إلى المكتري، لزم المكتري الكراء[4] كله. إلا أن يشترط عند عقدة الكراء أنه إلى أجل غير معلوم فيكون إليه كالبيوع وقال بعض الناس «يريد الحنفية»: تفسخ الإجارة بموت أيهما مات، ويفسخها كذلك بالعذر، ثم ذكر أشياء يفسخها بها وقد يكون مثلها ولا يفسخها به. قال الشافعي فقيل لبعض من يقول هذا القول:

من الشافعي – أقلت هذا بخبر؟

من الحنفية – روينا عن شريح[5] أنه قال: إذا ألقى المفتاح برئ.

ش– أكذا تقول بقول شريح؟ شريح لا يرى الإجارة لازمة، ويرى أن لكل واحد منهما فسخها بلا موت وبلا عذر.

(١) انظر الأم للشافعي جـ٣ ص٢٥٥.
(٢) المستأجر.
(٣) المؤجر.
(٤) الأجرة.
(٥) من التابعين وأحد العلماء المجتهدين ولي القضاء بالكوفة زمن عمر بن الخطاب وفي أيام علي بن أبي طالب ولم يزل قاضيا إلى زمن الحجاج الثقفي.

- هكذا قال شريح. ولسنا نأخذ بقوله.

ش- فلم تحتج بما تخالف فيه وتزعم أنه ليس بحجة؟

ح- فما عندنا فيه خبر، ولكنه يقبح أن يتكارى[1] رجل منزلا يسكنه فيموت، وولده لا يحتاجون إليه، فيقال لهم إن شئتم فاسكنوه وهم أيتام. ويقبح أن يموت المؤجر فيتحول ملك الدار لغيره، فتكون الدار لولده، والميت لا يملك شيئا، ويسكنها المستأجر بأمر الميت، والميت لا أمر له حين مات.

ش- أو يملكها الوارث إلا بملك الميت؟

ح- لا.

ش- أفيزيد الوارث أبدا على أن يقوم إلا مقام الميت فيها؟

ح- لا.

ش- فالميت قبل موته، أكان يقدر على أن يفسخ هذه الإجارة عن داره ساعة واحدة قبل انقضاء مدتها عندك من غير عذر؟

ح- لا.

ش- أفيكون الوارث الذي إنما ملك عن الميت الكل أو البعض، أحسن حالا من المالك؟

ح- هل رأيت ملكا ينتقل، ويملك على من انتقل إليه فيه شيء.

ش- الذي وصفنا لك - من أنه إنما ملك ما كان الميت يملك - كاف لك منه. ونحن نوجدك ملكا ينتقل، ويملك على من انتقل إليه فيه شيء.

ح- وأين؟

---

(١) يستأجر.

ش- أرأيت رجلا رهن رجلا دارا تساوي ألفا بمائة، ثم مات الراهن، أيفسخ الرهن؟

ح- لا.

ش- ولم؟ وقد انتقل ملك الدار فصار للوارث.

ح- إنما يملكها الوارث كما كان يملكها الميت. والميت قد أوجب فيها حقا لم يكن له فسخه إلا بإيفاء الغريم[1] حقه. فالوارث أولى ألا يفسخه.

ش- فلم لا نسمعك تقبل مثل هذا ممن يحتج به عليك في الإجارة؟ ثم تحتج به في الرهن؟ لا بد من أن تكون تاركا للحق في رده في الإجارة، أو في إنفاذه في الرهن، لأن حالهما واحد. فقد أوجب الميت في كليهما حقا عندنا وعندك، فلا تفسخه بوجه حتى يستوفيه من أوجبه له، عندنا بحال، وعندك إلا من عذر، ثم تفسخه بعد الموت[2] في الإجارة مما لا يكون عذرا، في حياة المؤاجر[3]. والعذر شيء ما وضعته أنت، لا أثرا ولا معقولا، وأنت لا تفسخه بعذر ولا بغير عذر في الرهن، وما بينهما في هذا فرق، كلاهما أوجب له فيه مالكه حقا جائزا عندنا وعندك، فإما أن يثبتا معا بكل حال، وإما أن يزول أحدهما بشيء فيزول الآخر به، أرأيت لو قال لك قائل وضعت العذر تفسخ به الإجارة، وإنما أبطله في الإجارة واضعه في الرهن، فأفسخ به الرهن، أتكون الحجة عليه إلا أن يقال ما ثبت فيه حق لمسلم وكان الحق حلالا لم يفسخه عذر، وقد تقدمه الحق الواجب عند المسلمين. ألست تقول في الرجل يوصي للرجل برقبة داره، ولآخر أن ينزلها في كل سنة عشرة أيام، ثم يموت الموصي له برقبة الدار، فيملك وارثه الدار، فإن أراد منع الموصى له بالنزول قيل له ليس ذلك لك، أنت للدار مالك، ولهذا شرط في النزول، ولا تملك عن أبيك إلا ما كان يملك، ولا يكون لك فيها أكثر ما كان له، وأما قولك إن مات المستأجر فلا حاجة بالورثة إلى

---

(١) الدائن.
(٢) أي موت المؤجر.
(٣) المستأجر.

المسكن فلو قاله غيرك أشبه أن يقال له لست تعرف ما تقول. أرأيت لو أن رجلا كان يريد التجارة فاشترى دابة بألف، وهو لا يملك إلا ألفا، فلما استوجبها مات وله ورثة أطفال والراحلة تسوي ألفا أو مائة فقال عنهم وصى كان أبو هؤلاء يعني بالرواحل لتكسبه فيها وهؤلاء لا يتكسبون، أو يعني بها لضرب من التجارة وقد أصبح هؤلاء أيتاما، وناقة الرجل في يده لم تخرج بعد من يده، فأفسخ البيع، وأرد الدراهم لحاجة الأيتام أو لا أنتزعها من أيديهم - إن لم يكن أبوهم قد دفعها - أو كان هذا فيما لا منفعة فيه لهم أو فيما فيه المنفعة اليسيرة؟

ح- لا أفسخ شيئا من هذا، وأمضي عليهم ما فعل أبوهم في ماله، لأنه فعله وهو يملك، فأملكهم عنه ما كان هو يملك في حياته، ولا يكونون أحسن حالا من أبيهم فيما ملكوا عنه.

ش- كذلك الكراء يتكاراه وهو حلال جائز له، فقد ملكوا ما ملك أبوهم من منفعة المسكن فإن شاءوا سكنوا وإن شاءوا أكروا. أ هـ.

والحال الثانية أن تكون إجارته لنفسه بسبب ما له من ملك، وفي هذه الحال انتهت ولايته بانتقال الملك إلى من خلفه في ماله وقام مقامه فلا يترتب على انتهائها بسبب ذلك انفساخ الإجارة وذلك كانتقال الملك إلى الوارث بالوفاة، وإلى المشتري بالشراء، وإلى المتهب بالهبة، وإلى الموصى به بالوصية، وإلى الزوجة بالزواج إذا جعلت العين صداقا وهكذا. وإذا انتهت ولايته بانتهاء أمدها وانتقال الملك إلى غيره بسبب استحقاق ذلك الغير له استحقاقا ليس من قبيل الخلافة، بل لأنه تلقاه عمن تلقى عنه سَلَفُه وذلك كانقراض البطن الأول المستحق للوقف وانتقال الملك إلى البطن الثاني، ففي هذه الحال إذا أجر المستحق الأخير من البطن الأول بسبب ولايته الناشئة عن استحقاقه في الوقف، كما هو مذهب الحنابلة، فتوفي في أثناء المدة، ففي بقاء الإجارة رأيان أحدهما أنها لا تنفسخ وهو ما قاله القاضي وقال إنه قياس المذهب، لأن البطن الثاني لا حق له إلا بعد انقراض البطن الأول، وإذن يكون العقد عن ولاية ويكون البطن الثاني بمنزلة الوارث من المورث، الثاني أنها تنفسخ وهو أصح الرأيين في

المذهب وظاهر كلام أحمد لأن الطبقة الثانية تستحق العين بجميع منافعها تلقيا عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى فلا حق للأولى بعد انقراضهم، بخلاف المورث فله حق في التركة بعد وفاته، إذ تقضي منها ديونه، وتنفذ وصاياه، وتعتبر ملكا له إلى أن يتم كل ذلك. وإذا انتهت ولايته بارتفاع ملكه وثبوت ملكية أخرى مكانها لأولويتها انتهى ما ترتب عليها. كما في الشفيع بالنسبة إلى المشتري، فإذا أجر المشتري فأخذ الشفيع العين قبل انتهاء مدة الإجارة، ففي انفساخ هذه الإجارة ثلاثة آراء، أحدها أنها لا تنفسخ وقد ذكره صاحب المقنع، لأن ملك المشتري وقت عقد الإجارة ثابت، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذ لأنه يستحق العين والمنفعة جميعا، فإذا فاتت المنفعة رجع إلى بدلها وهو الأجرة، والثاني أنها تنفسخ وجزم به صاحب المحرر، لأن حق الشفيع في العين والمنفعة جميعا فله انتزاع كل منهما ممن وجده في يده، والثالث أن الشفيع بالخيار إن شاء فسخ وإن شاء أمضى، وهذا ظاهر قياسا على بيع المشتري قبل الأخذ بالشفعة، فإن الشفيع فيه مخير وليست الإجارة إلا بيعا للمنفعة. انتهى ملخصا من قواعد ابن رجب.

الالتزام المترتب على المزارعة والمساقاة:

٣٠- وإن كان التعاقد مزارعة[١] على أرض أو مساقاة[٢] على كرم أو نخيل أو شجر، كان من نتيجته التزام صاحب الأرض بتسليمها إلى المزارع وتمكينه من العمل فيها وقيامه بما اشترط عليه من الشروط، والتزام صاحب الكرم أو النخل أو الشجر بتمكين العامل من القيام بعمله فيه، والتزام الطرف الآخر وهو المزارع في المزارعة والعامل في المساقاة بالعمل وبما فرضه على نفسه من شرط.

والمزراعة عند الحنفية عقد لازم بالنسبة لغير من شرط عليه البذر فلا ينفرد بفسخه، وكذلك حكمه بالنسبة لمن شرط عليه البذر بعد إلقائه في الأرض، أما قبل إلقائه فله أن ينفرد بفسخه حتى لا يجبر على إتلاف ماله بإلقائه في الأرض بلا عوض، وهو البذر، وكذلك المساقاة عقد لازم عندهم.

(١) المزارعة عقد بين صاحب أرض ومزارع على أن يزرع المزارع الأرض نظير اشتراكه فيما يخرج منها.
(٢) المساقاة عقد بين صاحب شجر وعامل على أن يقوم العامل بمراعاة الشجر وسقيه وجميع ما يحتاج إليه نظير اشتراكه فيما يثمره وتسمى أيضا معاملة ومناصبة.

وعن أحمد بن حنبل في لزومها روايتان، رواية بأنها غير لازمين وهي أشهرهما، وإلى ذلك ذهب ابن حزم أيضا، ورواية أخرى بأنها لازمان.

أما الشافعية والمالكية فيرون عدم صحة التعاقد على المزارعة في الأرض، فعقد المزارعة عندهم غير جائز لحديث ورد بالنهي عنها، ويرون صحة عقد المعاملة وهو عقد لازم عندهم.

وقد ذهب الحنفية إلى أن القياس ومنطق القواعد يقضي ببطلان هذا التعاقد - وهو التعاقد على زراعة الأرض وسقى الشجر ورعايته - بوفاة أحد طرفيه، سواء أكان صاحب الأرض أو الشجر، أم كان المزارع أو العامل وسواء أكانت الوفاة قبل البدء في العمل أم بعده، وسواء أدرك الزرع وأزهى الثمر أم لا. وإلى هذا الرأي ذهب ابن حزم، ذلك لأنه إذا مات صاحب الأرض أو الشجر، بطل بوفاته التزامه لأنه نتيجة عقد عقده لنفسه لا لغيره، وأفاد حكمه له لا لورثته، وحكمه عبارة عن تبعات والتزامات يقوم بها المزارع أو العامل، فلا يلزم بها غيرهما؛ لأنه لا إلزام بدون التزام، فيبطل العقد لذلك، وكذلك إذا مات المزارع أو العامل؛ لأنه إنما التزم بعمل معين، فكان في حكم الأجير، وقد علمت فيما مضى أن التزام الأجير يبطل بوفاته، وعلمت أساس ذلك عند الحنفية[1].

ذلك مقتضى القياس عند الحنفية، وهو مذهب ابن حزم، ولكنهم خالفوه للضرورة لأن المصلحة اقتضت ذلك، كما خالفوه في الإجارة عند وجود العذر القاضي ببقائها بعد الوفاة، فذهبوا إلى أن هذا التعاقد سواء أكان بمزارعة أو مساقاة لا يبطل بوفاة أحد طرفيه جملة ولكن على التفصيل الآتي:

ففي الأنقروية[2]: إذا مات المزارع والزرع بقل لم يدرك ولم يستغن عن الماء فقال ورثته نقوم مقام مورثنا، ونعمل في الأرض إلى إدراك الزرع وحصاده، كان لهم ذلك، وبقيت المزارعة على شروطها إلى أن تنتهي المدة ويستحصد الزرع، ثم تبطل في

---

(١) راجع البدائع جـ٥ ص ١٨٤، ١٨٨.
(٢) جـ٢ ص ٣١٩.

باقي المدة بعد ذلك إن بقيت من مدة المزارعة بقية، رضي صاحب الأرض بذلك أم أبى. وإن قالوا لا نعمل لا يجبروا على العمل لأنهم لم يلتزموا ولم يتعاقدوا مع صاحب الأرض، ولصاحب الأرض حينئذ الخيرة، إن شاء اختار قلع الزرع وقسمته وأعطى الورثة حصة مورثهم، وإن شاء استبقاه وأعطاهم قيمة حصتهم، أ هـ بتصرف. وله أيضا مع ما تقدم إذا شاء، أن ينفق على الزرع من ماله إلى أن يستحصد ثم يرجع في حصة المتوفى بقدر ما خصه من النفقة ويعطي الورثة الباقي، وذلك ما جاء في فروع أخرى في الأنقروية وفي كتب أخرى خلافها كالهندية وبعض شروح الكنز، وكذلك الحكم في المساقاة مع فارق يسير مرجعه إلى اختلاف العقدين في العمل والمحل.

هذا ورجوع صاحب الأرض أو الشجر في حصة المزارع أو العامل بقدر ما خصها من النفقة فقط هو المفهوم من عبارة أكثر كتب الحنفية، وقد لاحظ على ذلك الزيلعي ولم يرتضه فقال: إن الواجب هو الرجوع في حصة المزارع أو العامل بكل النفقة ما دامت قد صرفت ومدة العقد باقية، لأن العمل كله في تلك المدة كان عليه، وبه يستحق حصته، فلو رجعنا عليه بنصف النفقة، مثلا لأن كانت حصته نصف الخارج، كان قد استحق بعض حصته بلا عوض، وذلك هو ما يقابل عمله الواجب عليه، في بقية المدة من الحصة، وهذا غير جائز لأنه خلاف ما تم عليه العقد، ولذا كان المتحتم أن يرجع في حصته بجميع النفقة ما دامت قد أنفقت في مدة العقد، وهذا ظاهر عبارة العيني على الكنز وعبارة غيره ممن كان في تعبيره دقيقا، وأما ما ينفقه بعد انتهاء مدة العقد فلا يخص المزارع فيه أو العامل إلا بنسبة حصته إلى الخارج فقط لأنه غير ملزم بالعمل بعدها أ هـ[1].

وفي الفتاوى الهندية[2]: وإذا دفع رجل بستانا إلى آخر معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما أثمر من ثمر فهو بينهما نصفان، فقام عليه حتى إذا ظهر الثمر ولم يدرك ولم يطب، مات صاحب البستان، فإن المعاملة بينهما تبطل قياسا، وبناء على ذلك يكون الثمر الظاهر غير الناضج بين ورثة صاحب البستان وبين العامل نصفين،

(١) انظر حاشية أبي السعود بتصرف جـ٣ ص ٣٦٤.
(٢) انظر الفتاوى الهندية جـ٥ ص ٢٨١.

على حسب ما اتفقنا عليه من قسمة الثمر بينهما؛ وذلك لأن صاحب البستان استأجر العامل ببعض الخارج من البستان، ولو كان قد استأجره على هذا العمل بدراهم انفسخت الإجارة بموت أحدهما فيما بقى من المدة، أيهما مات أولا كما قدمنا، فكذلك إذا استأجره ببعض الخارج، فيكون ما ظهر من الثمر بينهما. ولكن الاستحسان يقضي ببقاء المعاملة في هذه الحال وعدم انتقاضها إذا رغب العامل في أن يستمر في عمله على شرطه إلى أن يدرك الثمر ويزهى، وإن كره ذلك ورثة صاحب البستان، دفعا للضرر، لأن في انتقاض المعاملة حينئذ إضرارا ليس له مبرر وهو اقتسام ثمر لم يدرك ولم يطب ولا ينتفع به، وقد كان للعامل بمقتضى عقد المعاملة حق إبقائه على الشجر إلى أن يطيب ويزهى، ولا يصح أن يضيع حقه هذا بموت من أعطاه هذا الحق بتعاقده معه، لأن الموت لم يجعله الشارع مبطلا لحقوق غير المتوفى المتعلقة بأمواله، وهذا الاستحسان يتفق مع المبدأ العام وهو أنه كما يجوز نقض الإجارة لدفع الضرر كذلك يجوز إبقاؤها لهذا الغرض، وقد عبر بعضهم عن هذا المبدأ بقوله إن الإجارة كما تفسخ بالأعذار تبقى بالأعذار[1]، ولا شك أن عدم إدراك الثمر عند الوفاة عذر يتطلب مخالفة القياس القاضي بانفساخ العقد عندها، فتعتبر لذلك باقية إلى أن يزهى الثمر ما دام العامل راغبا في ذلك، فإن أبى أن يستمر في عمله وجب ألا يترتب على إبائه ذلك ضرر بورثة صاحب الشجر استحسانا لما قدمنا، ولذا يكون لهم حينئذ الخيار، فإن شاءوا صرموا الثمر فقسموه بينهم وبينه على حسب ما تم الاتفاق عليه في العقد لرضاهم جميعًا بذلك، وإن شاءوا استبقوه وأنفقوا عليه حتى يطيب ويزهى، ثم رجعوا في حصة العامل بما يخصه من النفقة على حسب تعاقده مع مورثهم، وإن شاءوا أعطوه قيمة حصته بالحال التي هي عليها وكان لهم كل الثمر.

ولو مات العامل وصاحب البستان حي كان لورثته أيضا استحسانا أن يقوموا مقام مورثهم في العمل على الرغم من مالك البستان، فإن أبوا كان لصاحب البستان من الخيار ما قدمنا، وهو ما يكون لورثته إذا أبى العامل أن يستمر في عمله. ولو ماتا جميعا كان الخيار أولا لورثة العامل إن شاءوا أقاموا على العمل وإن كره ورثة

---

(١) راجع البدائع جـ٤ ص ٢٢٣ من الإجارة.

صاحب البستان، وإن شاءوا رفضوا، فإن رفضوا كان لورثة صاحب البستان من الخيار ما قدمنا. أ هـ.

هذا وينبغي أن يلاحظ فيما قدمنا أن ورثة العامل لا يقومون مقام مورثهم على الرغم من إرادة مالك البستان إلا إذا كانوا أهلا لذلك العمل بأن كانوا يحذقونه، أو استأجروا من قبلهم من يحذقه، أما إذا كانوا على غير ذلك وأرادوا القيام به بأنفسهم وهم لا يحسنونه لم يجبر صاحب البستان على قبول ذلك، لأن فيه إضاعة لماله وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وهذا ما صرح به في بعض الفروع الأخرى المشابهة، ويظهر لي أنه ملاحظ فيما ذكر وإن لم ينص عليه اكتفاء بفهمه من الأصول العامة، فكأن معرفتهم بالعمل مفروضة، إذ المفهوم أن الوارث لا يطلب أن يقوم مقام مورثه إلا إذا كان يستطيع العمل ويحسنه أو أتى بمن يحسنه. والحكم في المزارعة لا يختلف عنه في المعاملة ويدل على ذلك ما جاء في الفتاوى الهندية «أن انفساخ المزارعة بالموت هو القياس وفي الاستحسان تبقى إذا كان يترتب على انفساخها ضرر كأن كان الزرع بقلا لم يدرك، فتبقى إلى أن يستحصد الزرع» أ هـ، وقد قدمنا لك ما نقلناه عن الأنقروية في ذلك وإذن فالحكم فيهما واحد.

هذا ولا ننسى ما ذكرناه عند الكلام على توريث المنافع من أن هذا الاستحسان قد أخذ به كذلك في اعتبار عقد الإجارة قائما بعد وفاة أحد طرفيه إذا ترتب على انتفاضه بموت أحدهما ضرر، فالمبدأ مطرد، وغاية الأمر أن القول بانتقاض المزارعة والمساقاة بموت أحد طرفي العقد لا يعري في جميع صوره عن مضرة تلحق أحد الطرفين. فكان الاستحسان مأخوذا به فيهما باطراد، والقياس متروكا فيهما باطراد، بخلاف الإجارة، ولا شك أن هذا يساير المصلحة ويحققها. وقال أبو محمد علي بن حزم: إذا بطلت المزراعة بموت أحدهما كان للحي منهما أن يتفق مع ورثة الميت على إبداء مزارعة جديدة على شروط الأولى، وإذا لم يتفقا على ذلك ولم يبلغ الزرع حصاده، ألزم العامل إذا كان المتوفى صاحب الأرض، أو ورثته إذا كان هو المتوفى، بالعمل حتى يستحصد الزرع، لأن في تركه إضاعة للمال وإفسادا للحرث وذلك منهي عنه، وهذا إذا كانت الوفاة بعد حصول الزرع أما قبله فلا إلزام وقد بطلت بالوفاة. أ هـ.

ولست أدري علة هذا الإلزام ما دام الرأي عنده أن المزارعة تبطل بالموت. وليس يصلح لتعليله ما ذكره، من أن في ترك العمل إضاعة للمال وإفسادا للحرث وذلك منهي عنه، لأنه يرى أن العامل نفسه قد بطل التزامه وبذا أصبح ولا عهد بينه وبين ورثة صاحب الأرض، ولأن ورثته لم يتعاقدوا مع صاحب الأرض فلا عهد بينه وبينهم، فكيف يتأتى أن يجبروا على العمل دون غيرهم من سائر الناس؟ إن قال يجبرون دون سائر الناس لما لهم من شركة فيما زرع، لزمه أن يجبر كذلك معهم صاحب الأرض لما له من شركة مثلهم، وإن قال يجبرون لما كان من تعاقد بين صاحب الأرض وبين مورثهم، لزمه بذلك أن يرى بقاء هذا العقد بعد الوفاة منعا للضرر لينبني عليه الإلزام، وهذا هو مذهب الحنفية، فالنتيجة أن رأيه فيما يظهر لي غير متسق.

وقد عرفت أن المالكية والشافعية لا يقولون بصحة المزارعة وإنما يصححون المساقاة، وهم لا يقولون بانفساخها بموت أحد طرفيها، فلا تأثير لوفاته على العقد، بل يبقى بعد وفاته، فإذا مات مالك الشجر لم يؤثر ذلك فيما للعامل من حق، ووجب على من آل إليهم الشجر من الورثة أن يقوموا للعامل بما كان يلزم به مورثهم له، من تمكينه من العمل، وعدم معارضته فيه حتى يطيب الثمر ويزهى، وإذا مات العامل فرغب ورثته في إتمام العمل على حسب شروط عقد المساقاة مع مورثهم كان لهم ذلك، إما بأنفسهم إذا كانوا يحسنونه وكانوا أمناء عليه، ولا يحال حينئذ بينهم وبينه، فإن لم يكونوا كذلك، أخذوا بإحضار من يحسنه ويقوم عليه بدلهم، فإن امتنعوا أو لم يرغبوا في الاستمرار على العمل، وجب أن يتم العمل من التركة، فيؤخذ منها ما يكفي لاستئجار العمال اللازمين لإتمامه، شأنه شأن كل دين في التركة ويقوم بذلك الوصي أو القاضي إن امتنع الورثة، فإن لم يترك العامل تركة انفسخت المعاملة كما تنفسخ أيضا إذا كان من شروطها أن يقوم العامل نفسه بالعمل، إذ يصبح حينئذ كالأجير المعين[1].

وأما الحنابلة فإنهم يجعلون حكم هذا التعاقد على رواية عدم لزومه كحكم جميع العقود غير اللازمة كالوكالة وما أشبهها، فيبطل بخروج أحد العاقدين عن

(١) راجع نهاية المحتاج جـ٤ ص ١٨٩ والزرقاني جـ٦ ص ٢٤٣ وبداية المجتهد جـ٢ ص٢٠٢، ٢٠٦.

أهليته بالموت أو بالجنون أو بالحجر عليه للسفه، كما يكون لكل منهما حق الفسخ إذا أراد، غير أنهم يأخذون برواية اللزوم فيما إذا توفي العامل، فيجعلون لوارثه أن يقوم مقامه في العقد والعمل، لأنه حق كان لمورثه فيرثه فيه، فإن أبى أن يحل محله لم يجبر على ذلك، ويستأجر من تركة العامل من يعمل حتى يزهى الثمر أو يستحصد الزرع، فإن تعذر الاستئجار منها أو لم يترك تركة بيع من حصة العامل إذا أمكن ذلك - بأن قد بدا صلاحها - بقدر ما يحتاج إليه في استئجار من يقوم مقامه في العمل إلى النهاية وذلك يقتضي أنه إذا لم يمكن أن يباع منها كان لصاحب الشجر أن ينفق عليه ثم يرجع في حصة العامل بعد إزهائها بما أنفق، ولا شك أن الحكم لا يختلف عن هذا فيما إذا توفي المالك وبقى العامل فإن العامل يؤخذ بإتمام العمل كما يؤخذ المضارب ببيع العروض إذا ما فسخت المضاربة حتى ينض المال ويتحول إلى نقود[1].

الالتزام الناشئ عن الكفالة:

٣١- وإن كان التعاقد كفالة[2] فإن الكفيل بمقتضاه يلتزم بالمال المكفول، ويثبت للمكفول له حق في بقاء هذا الالتزام ضمانا لدينه وتوثيقا لأدائه، وهو حق خالص له فإن شاء استمسك به وإن شاء تنازل عنه في أي وقت يريد، فإذا استمسك به فتوفي، قام وارثه فيه مقامه لأنه حق مالي متعلق بالمال، فيرث الدين بصفته التي كان عليها وقت وفاة المورث، وهو كونه دينا موثقا بكفيل، ويكون للوارث حينئذ من الحق في التمسك بالكفالة أو التنازل عنها ما كان لمورثه.

وأما إذا توفي الكفيل فقد اتفق الأئمة الأربعة على أن هذه الوفاة لا يترتب عليها بطلان التزامه بل يجب تنفيذه فيما يتركه من مال، كما تنفذ فيه ديونه، لأنه بكفالته أصبح مطالبا به كما يطالب بديونه فصار في حكمها.

وعلى ذلك فإذا كان دين الكفالة مؤجلا عن الكفيل حينئذ، فإنه يحل بوفاته كما تحل بها ديونه الواجبة عليه، ويؤخذ في الحال من تركته كما تؤخذ منها ديونه، ثم

(١) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٢٧٨.

(٢) الكفالة هي الضمان والزعامة والقبالة والحمالة والكفيل زعيم وضامن وحميل وقبيل.

يرجع به ورثته على الأصيل إن كان للكفيل حق الرجوع عليه إذا أدى، ولا يرجعون به عليه إذا لم يكن له هذا الحق، على حسب اختلاف المذاهب في ذلك، وهو اختلاف ليس من شأننا تفصيله وبيانه لأن موضعه الكفالة، غير أنه إذا كان الدين مؤجلا فحل بوفاة الكفيل وكان له حق الرجوع على الأصيل لم يجز لورثته بعد أن أخذ الدين من التركة أن يرجعوا به على الأصيل إلا عند حلول أجله، لأن حلول الدين على الكفيل لا يستلزم حلوله على الأصيل، إذ لا يعقل أن تكون وفاة الكفيل مبطلة لحق الأصيل في الأجل، ويرى أحمد أنه في هذه الحال لا يحل دين الكفالة بوفاة الكفيل إذا ما وثق برهن أو كفيل إلى آخر كما تقدم(١).

وذهب ابن حزم إلى أن الكفالة نقل الدين من ذمة المدين الأصيل إلى ذمة الكفيل نقلا نهائيا، فيسقط بها الدين الذي كان على الأصيل وينتقل إلى الضامن، ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ولا على ورثته بشيء أبدا ولا بحال من الأحوال، ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ولا على ورثته بشيء أبدا، سواء رغب إليه في أن يضمنه أم لم يرغب إلا أن يشترط ذلك، وبناء على ذلك يكون الكفيل عنده مدينا حقيقة وقد علمت أن وفاة المدين لا تسقط ما عليه من الدين(٢).

الالتزام الناشئ عن الحوالة:

٣٢- وإن كان التعاقد حوالة فإن المحال عليه يلتزم بمقتضاه أن تشغل ذمته بالدين المحتال به عليه، وأن يطالب به من قبل المحال، وأن يؤديه إليه، وإذن فالمحال عليه مدين للمحال، لا يختلف عن أي مدين آخر إلا فيما يكون له من حق الرجوع على المدين الأصلي إذا ما كانت الحوالة بأمره إلى آخر ما هو مفصل في موضعه، وبناء على ذلك فلا تأثير لوفاة المحال على ما يترتب على الحوالة من التزام بل يحل وارثه محله في دينه على صفته التي توفي عليها، كما لا تأثير لوفاة المحال عليه، بل يحل بها الدين إذا كان مؤجلا، ويؤخذ من تركته ولورثته حق الرجوع على المدين الأصلي إذا

(١) راجع الحطاب ونهاية المحتاج وكشاف القناع.
(٢) راجع المحلى لابن حزم.

كان لمورثهم هذا الحق، لا خلاف في ذلك بين الأئمة[1] وكذلك لا تأثير لوفاة كل من المحيل والمحال عليه على الحوالة عند الزيدية والظاهرية.

الالتزام الناشئ عن الرهن:

٣٣- وإن كان التعاقد رهنًا فإنه لا يتم إلا بقبض العين المرهونة باتفاق، فالقبض شرط تمامه عند جميع الأئمة، لقوله تعالى: ﴿ ... فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ...﴿٢٨٣﴾ ﴾ [البقرة]. ولكنهم اختلفوا في لزومه قبل القبض، فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه غير لازم حينئذ، فلا يترتب على مجرد الإيجاب والقبول إلزام الراهن بأن يسلم العين المرهونة إلى المرتهن ولا يجبر على ذلك. بل إن شاء سلمها فتم الرهن بقبض المرتهن لها، وإن شاء رجع في رهنه فله ألا يسلمها، لا يلزمه القاضي بشيء من ذلك، وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل في أشهر الروايتين عنه. وروي عنه أن عقد الرهن يلزم بالقول، ولا يتوقف لزومه على تسليم العين المرهونة إن تميزت كالثوب والدار وما أشبه ذلك، فإن لم تتميز كالقفيز من بر وأرز ونحو ذلك لم يلزم إلا بالقبض، ولعل حجته في هذه الرواية أن العين المرهونة لا تتعين إلا به.

وجرى مالك - رحمه الله تعالى - على أصله في لزوم هذه العقود بمجرد القول، فيجبر الراهن عنده على تسليم العين المرهونة إذا حصل الإيجاب والقبول وحينئذ يتم بقبضها، كما يجبر الواهب على تسليم العين الموهوبة إلى الموهوب له بمجرد الإيجاب والقبول.

وبناء على ما ذكر فإذا توفي الراهن أو المرتهن، فقد تكون الوفاة بعد قبض العين المرهونة وقد تكون قبل قبضها، فإن كانت بعد قبضها وتسلم المرتهن لها لم يكن لها تأثير فيما ترتب على عقد الرهن من التزام، فإذا توفي أحدهما في هذه الحال قام وارثه مقامه فيما كان له وعليه، فورثة الراهن يرثون مورثهم في عين تعلق بها حق المرتهن، فلا يستقلون بإبطال هذا الحق، فتبقى العين تحت يده رهنًا، وليس لهم أن يفتكوها

---

(١) راجع المنتهى جـ٢ ص ١٢١، ١٢٢ وكشاف القناع جـ٢ ص ١٨٥ ونهاية المحتاج جـ٣ ص ٣٦٤ والزرقاني ص ٦ والهداية.

إلا بسداد الدين أو بتنازل المرتهن عن دينه أو عن حقه فيها، وورثة المرتهن يرثونه في دين تعلق بعين هي تحت يد مورثهم فيحلون محله فيما كان له، وخالف في ذلك ابن حزم فقال: إذا مات الراهن أو المرتهن بطل الرهن ووجب رد الرهن إلى الراهن أو إلى ورثته إن كان قد توفي، وحل الدين المؤجل، ولا يكون المرتهن أولى بثمن الرهن من سائر الغرماء حينئذ، لقوله تعالى: ﴿ ... وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ... ﴿١٦٤﴾ ﴾ [الأنعام]، فإنما كان حق الرهن له لا لورثته ولا لغرمائه إن كان له غرماء، ولا لأهل وصيته إن كان قد أوصى، وليس لورثته أن يقولوا كان حق الرهن لمورثنا فورثناه، لأنه إنما تورث الأموال لا الحقوق التي ليست أموالا، وإذن يسقط هذا الحق بموت المرتهن، فيجب رد الرهن إلى صاحبه. وإذا مات الراهن فإنما كان عقد الرهن معه لا مع ورثته، وقد زال ملكه عن العين المرهونة بموته، وأصبحت ملكًا لورثته، أو محلا لاستيفاء حقوق غرمائه أو أهل وصيته، ولا عقد للمرتهن معهم، فلا يلتزمون بما التزم به غيرهم، ولا يجوز عقد الميت على غيره، إذ يكون بذلك كاسبا عليهم، والله تعالى يقول: ﴿ ... وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ... ﴿١٦٤﴾ ﴾ [الأنعام] وإذن فإذا توفي الراهن، رد الرهن إلى ورثته، ولم يكن للمرتهن حق حبسه[١].

وعندي أن هذا الرأي لا يستقيم ولا يتفق ومعاملات الناس ولا يحقق مصالحهم، فوراثة الحقوق وخاصة ما تعلق منها بالأموال يجب ألا تكون محل نزاع، وإلا اختل نظام المعاملة، واضطرب الأمر، وضاعت الثقة، ومن الحقوق ما يحرص الناس عليه أشد من حرصهم على أموالهم، بل قد يفضلون التنازل عن أموالهم إزاء استمساكهم ببعض هذه الحقوق ومحافظتهم عليها، وقد روينا حديث: «من ترك حقا فلورثته» فإذا توفي المرتهن قام وارثه مقامه في حقه من العين المرهونة بطريق الوراثة عنه، لما بيّنا، وكذلك إذا توفي الراهن فإنه يترك لورثته عينا قد تقرر عليها حق لغيره، وأصبحت متحملة له، فلا تكون وفاته سببا في إبطال هذا الحق وزواله، فيتملكها الورثة على الحال التي هي عليها، لأن الحق قد تقرر بالتعاقد مع الراهن وقت أن كانت في ملكه وتحت تصرفه. وإذن فالتزام ورثته بذلك منشؤه أنهم قد ورثوا عينا

(١) راجع المحلى لابن حزم.

مثقلة بحق الغير وليست خالصة، فإذا أرادوا تخليصها فليس لهم إلى ذلك من طريق إلا أن يوفوا صاحب الحق حقه، وليس منشأ ذلك أنهم ألزموا بها لم يلتزموا ولكن بها التزم به مورثهم، حتى يقال إنه يعد بذلك كاسبا عليهم.

وأما إذا حصلت وفاة الراهن أو المرتهن قبل تسليم العين إلى المرتهن، فإن وفاة الراهن تبطل الرهن عند الحنفية والمالكية والشافعية على إحدى الروايتين عندهم، فلا يلزم ورثته بشيء مما شرع فيه مورثهم فلا يطالبون بتسليم العين المرهونة إلى المرتهن، وإذا سلموا اختيارا لم يصح بتسليمهم رهن مورثهم، لأن الباطل لا ينقلب صحيحا، أما عند الحنفية والشافعية فالحكم ظاهر لأن الراهن قبل وفاته لم يكن ملزما بالمضي في عقد الرهن ولا بتسليم العين المرهونة إلى المرتهن، فأولى ألا يلزم بذلك ورثته بعد مماته وقد بطل بموته التزامه، وإذا أرادوا المضي فيه فلا بد من عقد جديد، وأما عند المالكية فلأن الرهن عندهم لا يتم إلا بالحيازة، وهي لا تكون إلا بالقبض والإذن فيه من الراهن، حتى لو تولى المرتهن قبل الرهن بنفسه بدون أن يأذنه الراهن بذلك لم يفد قبضه، وبالوفاة امتنع الإذن فبطل لذلك الرهن، فلا يلزم به الوارث، كما يبطل أيضا بالحكم بإفلاس الراهن قبل القبض، فهما في الحكم سواء، لا فرق بين أن يكون المرتهن قد فرط في قبض الرهن أم لم يفرط، وذكر اللخمي أنه إذا لم يفرط المرتهن في قبض الرهن فمات الراهن قبل أن يقبض كان الحكم محل خلاف، فقيل يبطل الرهن لعدم الحيازة، وقيل لا يبطل بل يبقى صحيحا لأن المرتهن قد جدَّ في التسلم وإن لم يتم، ونظير ذلك الموهوب له إذا جد في تسلم العين الموهوبة فمات الواهب قبل تسلمها فإن الهبة تتم بذلك، والمذكور في المدونة ما يأتي قلت: أرأيت إن ارتهن الرجل رهنا فلم يقبضه حتى مات الراهن، أيكون أسوة الغرماء في الرهن؟ قال نعم قلت أرأيت إن كان الحق إلى أجل فأخذ به رهنا فمات الراهن قبل حلول الأجل؟ قال يباع الرهن ويقبض المرتهن حقه، لأنه إذا مات الذي عليه الدين فقد حل المال وهذا قول مالك أ هـ.

وفي رواية عند الشافعية وهي أصح الروايتين عندهم أن الرهن لا يبطل بوفاة

الراهن قبل القبض بل يقوم وارثه مقامه في تسليم العين المرهونة وبذلك يتم الرهن ويلزم، وهذا إذا رغبوا في المضي فيه، أما إذا لم يرغبوا في ذلك فلا يجبرون على التسليم، كما أن مورثهم لم يكن ليجبر عليه في حياته لو أراد عدم المضي فيه، فبإبائهم يبطل الرهن، وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل فقال إن وفاة أحد طرفيه قبل القبض لا تبطل الرهن بل يقوم وارث كل مقامه فيما يتم به العقد ويلزم، لأنه عقد يؤول إلى أن يكون لازما فلا يبطل بالموت، كالبيع يكون فيه الخيار لأحد العاقدين. غير أن الحنابلة يخالفون الشافعية فيشترطون لقيام وارث الراهن مقامه بعد موته، ألا يكون للراهن غريم آخر في هذه الحال، فإذا كان له غريم آخر لم يكن للوارث هذا الحق، لأن حق الغريم قد تعلق بالعين المرهونة بمجرد موت الراهن قبل تسليمها، فإذا قام الوارث مقام الراهن في إتمام عقد الرهن فسلم العين المرهونة لم يبطل ذلك حقه في العين، وكان المرتهن فيها أسوة الغرماء.

أما الشافعية فيردون على ذلك بأن الوارث إنما قام مورثه في إتمام عقد باشره، وهو لو كان أتمه بنفسه لكان من آثاره اختصاص المرتهن بالعين، فيبقى للعقد هذا الأثر إذا ما أتمه الوارث.

وأرى أن رأي الحنابلة أوجه، ذلك للاتفاق على أن الرهن لا يتم قبل قبض العين المرهونة، وأن للراهن ألا يمضي فيه قبله، وذلك دليل على أنه لم يتعلق بها حق المرتهن قبل أن يقبضها، فإذا توفي الراهن فقد توفي وليس بعين الرهن حق لأحد، فتتعلق بها عند ذلك جميع حقوق الغرماء، وتعلقها بها يحول دون جواز إقدام الوارث على إتمام عقد الرهن بتسليمها، لأن تمامه حينئذ يبطل جميع هذه الحقوق التي تعلقت بالعين لما يترتب عليه من حق امتياز المرتهن واختصاصه، وذلك لا يجوز من غير رضاهم.

وأما على الرواية الثانية عند أحمد وهي أن عقد الرهن يتم بمجرد القول إذا تميزت عين الرهن، فإن وفاة الراهن حينئذ لا تؤثر في عقد الرهن فيلزم ورثته بتسليم العين المرهونة إلى المرتهن.

وأما وفاة المرتهن قبل القبض فتبطله كذلك عند الحنفية والشافعية على إحدى الروايتين عندهم، فإذا توفي المرتهن قبل القبض فلا يكون لورثته حق مطالبة الراهن بتسليم العين المرهونة إليهم، ولا ينقلب العقد صحيحا بتسليمها إليهم عند ذلك. ولا تبطله عند الحنابلة والمالكية والشافعية على الرواية الأخرى، وإذن يتم العقد بتسليم العين المرهونة إلى ورثة المرتهن، ويكون لهم حق مطالبة الراهن بتسليم العين إليهم ويجبر على ذلك عند المالكية[1] ولا يجبر عليه عند أحمد والشافعي على إحدى الروايتين وذهب أحمد في إحدى روايتيه إلى أنه يجبر عليه إذا تميز الراهن كما تقدم.

جـ- المطلوبات المترتبة على التعاقد غير اللازم:

٣٤- وأما ما يطالب به الإنسان نتيجة لتعاقد غير ملزم، فالأصل فيه ألا يلزم، وأن يبطل بالموت؛ ذلك لأنه نتيجة لتعاقد ينتهي بموت أحد طرفيه، والمطالبة به ثمرة من ثمرات قيام هذا التعاقد وبقائه، وقد علمت أنه تعاقد غير لازم فلأحد طرفيه أن يستقل بفسخه، وأن يتحلل مما يلزمه من آثاره، واستمراره رهن إرادته ورغبته في بقائه، فإذا ما توفي فقد ذهبت إرادته وانتهت رغبته وبطلت مشيئته، وذلك يستتبع بطلان ما تعلقت به وزوال ما كان وجوده رهنا ببقائها وتعلقها، ولذا يبطل بالموت كل تعاقد غير لازم، وإذا بطل زالت آثاره غير أن هذا الإجمال لا يغني عن التفصيل، فإن لزوم العقود وعدم لزومها ليس محل اتفاق بين العلماء، ولبعض العقود مع هذا خصائص لا بد من لفت النظر إليها، والتنبيه إلى أحكامها، وعلى ذلك فهذا النوع من التعاقد قد يكون هبة وقد يكون إعارة أو قرضا أو توكيلا أو شركة أو مضاربة.

المطلوبات المترتبة على الهبة:

٣٥- فإذا كان هبة فإنه يجب لتمامها وكمالها الحيازة أو ما يقوم مقامها عند المالكية، وقبض الموهوب عند غيرهم، والقبض نوع من الحيازة، فإذا توفي أحد طرفيها بعد تمامها بالقبض أو بالحيازة لم يكن لذلك من أثر فيها ولا فيما ترتب عليها من آثار، لأنها قد تمت وبتمامها انتهت لا خلاف لأحد في ذلك، كما لا خلاف في أن

(١) راجع المنتقى والزرقاني وكشاف القناع والمغني ومنتهى الإرادات والتاج.

حق الرجوع فيها إذا ما بقي للواهب حتى وفاته، لا ينتقل بموته إلى ورثته بل ينتهي به لما بيناه من قبل في كلامنا على تأثير الموت في الحقوق.

أما إذا كانت وفاة الواهب أو الموهوب له قبل تمامها، ولو بعد الإذن بالقبض من الواهب ولما يقبض الموهوب له، بطل العقد بها عند الحنفية، ولا يطالب وارث الواهب بالإقباض، وليس لوارث الموهوب له أن يطلب التسليم، ذلك لأن هذا العقد قبل تمامه غير لازم، إن شاء الواهب أمضاه وإن شاء رجع عنه فألغاه، وكل عقد هذه حاله يبطل بالموت كما ذكرنا، وإلى هذا ذهب أحمد والشافعي في أحد قوليهما، وعلى قولها الآخر لا ينفسخ عقد الهبة بموت أحد طرفيه قبل تمامه، وإنما يقوم الوارث مقام مورثه فيما كان له، فيقوم وارث الواهب بتسليم العين الموهوبة إن أراد المضي في العقد، وله أن يمتنع عن تسليمها إن أراد فسخه وعدم المضي فيه، ويقوم وارث الموهوب له بقبض العين إذا سلمها الواهب أو ورثته أو أذنوا بذلك، لا فرق في هذا كله بين هبة وصدقة[1] وهدية.

وقد نقل هذا القول عن أحمد أبو الخطاب، ثم نقله عن أبي الخطاب صاحب المغني والحارثي. وفي قول آخر لأحمد ذكره صاحب الإقناع أنها لا تبطل بموت الواهب ويحل وارثه محله كما ذكرنا ولكن يبطلها موت الموهوب له قبل القبض، لأن القبض في معنى القبول وبه يتم العقد فصار موته قبل تسلمه كموت من أوجب البائع له البيع قبل أن يقبل، إذ يبطل به الإيجاب، ولا بد من إيجاب جديد لوارثه إن أراد المضي في هذه الصفقة، ويستدل على هذه الرواية بما روي عن أم كلثوم بنت سلمة، قالت لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: «إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة علي، فإن ردت فهي لك. قالت فكان كما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة».

هذا ومن الجائز أن يكون ردها لأن وارث النجاشي لم ير قبولها لسبب من الأسباب القائمة عنده. وقد أخبر النبي ﷺ بأنها سترد لما علمه من الوحي، فلا يكون

---

(١) راجع نهاية المحتاج جـ٥ ص ٤١٢ والمغني جـ٦ ص ٢٤٩.

في الحديث ما يدل على أن موت الموهوب له مبطل للهبة، غير أن الظاهر خلاف ذلك، فإن قرن رد هبته بوفاة النجاشي في حديثه ﷺ ظاهر في أن السبب فيه هو الوفاة، وبعيد جدا أن ترد هبة الرسول ﷺ لسبب آخر خلاف ذلك، فكان الحديث بظاهره دالا على هذه الرواية.

هذا وقد علل الحنابلة عدم بطلان الهبة بموت الواهب بأنه عقد يؤول إلى اللزوم، فصار كالبيع شرط فيه الخيار فيموت أحد طرفيه في مدة الخيار، فيكون لوارث المتوفى من أحد طرفيه، ما كان له قبل الوفاة، وهذا التعليل يؤيد رواية أبي الخطاب التي نقلها الحارثي من عدم بطلانها بوفاة الموهوب له قبل القبض كما ذكرنا[1].

وأما المالكية فإنهم يرون أن الهبة تلزم بمجرد القول، فإذا حصل الإيجاب والقبول لزم الواهب أن يسلم العين الموهوبة ويجبر على ذلك ما دام حيا، فإذا مات الموهوب له في هذه الحال لم يبطل ذلك الالتزام أيضا ويقوم وارث الموهوب له مقام مورثه في تسلم العين والمطالبة بتسليمها وإلزام الواهب بذلك إن أبى، ففي المدونة[2]: كل من وهب هبة لرجل فمات الموهوب له قبل أن يقبض فورثته مكانه يقبضون هبته وليس للواهب أن يمتنع من ذلك أ هـ[3].

أما إذ مات الواهب قبل تمام الهبة بالحيازة أو ما يقوم مقامها فإن الهبة تبطل بموته عندهم ولا يلزم ورثته بتسليم العين الموهوبة، ذلك لأن الهبة عندهم من قبيل المعروف، والمعروف يبطله الموت، وفي المدونة[4]: سألت مالكا عن الرجل يتصدق على ولد له كبار بعبد، وكتب لهم كتابا، وكتب في كتابه أنه قد دفعه إليهم وقبضوه، وكان الولد كبارا قد بلغوا الحيازة ومثلهم يحوز، فمات الأب وقد كانت صدقته في صحته، فلما مات قال بقية الورثة لم تقبضوا، وقال المتصدق عليهم قد قبضنا، واحتجوا عليهم بشهادة الشهود وإقرار المتصدق بالذي في الكتاب، فسئل الشهود

(١) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٤٧٥.
(٢) جـ٥ ص ١٢٠.
(٣) وقد نقل هذا الحكم الرهوني في حاشيته جـ٧ ص ١٦١.
(٤) انظر المدونة جـ٥ ص١٢٥.

أعلمتم أنهم قد حازوا؟ فقالوا لا علم لنا إلا ما في هذا الكتاب من الإقرار ولا ندري أحازوا أو لم يحوزوا. فقال مالك إن لم تكن لهم بينة أنهم قد حازوا في صحته منه فهي موروثة على فرائض الله تعالى أ هـ.

وظاهر مما ذكر، من قول الشهود وظروف الحادثة أن العبد وقت الوفاة لم يكن بيد الأولاد المتصدق عليهم به وإنما كان في تركة المتصدق، وإلا كان وجوده في يد المتصدق عليهم دليلا على الحيازة، ووسع الشهود حينئذ أن يشهدوا بها عن علم ومعاينة.

ذلك هو مذهب مالك، وكان مقتضى ما ذهب إليه من لزوم الهبة بمجرد القول وثبوت الملك به للموهوب له، أن يجعل ذلك حقا لا تبطله وفاة الواهب قبل الحيازة، ولكن الآثار المروية منعته من القول بهذا، ومنها ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليَّ غنى بعدي منك، ولا أعز على فقرا بعدي منك، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقتسموه على كتاب الله، قالت عائشة - رضي الله عنها - فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته.

فهذا الحديث يدل على أن أبا بكر - رضي الله عنه - كان قد أعطى ابنته السيدة عائشة - رضي الله عنها - قبل أن يمرض جاد عشرين وسقا، أي ثمرة مجدودة - أي مقطوعة - تبلغ عشرين وسقا - كيل كان يقدر به المكيل - ورأى أبو بكر وقد منحها ذلك، أنها لم تحزه، وأن الوفاة قد حضرته قبل حيازتها إياه، وإن ذلك مبطل هبته فطلب منها أن يقسم بين ورثته، ويجوز أن يكون معنى جاد عشرين وسقا، نخلا إذا جد وقطع ثمره بلغ عشرين وسقا، والغابة اسم المكان الذي كان به النخل وهو ما وهب من ثمره لعائشة - رضي الله عنها - فهذا الحديث يدل على أن وفاة الواهب قبل حيازة العين الموهوبة تبطل الهبة وإن كانت لازمة بالقول. ولا يقال إن بطلانها بذلك دليل عدم لزومها قبل تمامها لأن الله تعالى يقول: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ

﴿بِٱلۡعُقُودِۚ ..﴾ [المائدة: ١]، ويجب الوقوف عند معاني النصوص وعدم تجاوزها، فالآية تدل على لزومها والحديث يدل على بطلانها بموت الواهب قبل تمامها.

ولو أن مالكا رأى أن عقد الهبة لا يفيد ملكا قبل الحيازة كما هو مذهب غيره لوجد له في هذا الحديث سندا ودليلا إذ يقول فيه أبو بكر فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، أي أما ولم يحصل من ذلك شيء فليس ملكا لك. وإنما هو مال وارث أي تعلق به حق وارث إذ لا يملك الوارث إلا بعد الوفاة إجماعا.

المطلوبات المترتبة على الإعارة:

٣٦- وإن كان التعاقد عارية كان للمعير أن يتمها بتسليم العين المستعارة إلى المستعير، كما يكون له ألا يمضي فيها فيرجع عنها ويأبى أن يسلم العين إلى مستعيرها، وإذا أتمها بالتسليم كان له أيضا أن يرجع عنها في أي وقت شاء، سواء أكانت العارية مطلقة لم تقيد بزمن معين محدد، كأن يعير شخص آخر كتابا ليقرأ فيه، أو مقيدة بزمن معين، كأن يعير شخص آخر كتابا ليقرأ فيه شهرا أو شهر كذا. لا يلتزم المعير بشيء من ذلك في جميع هذه الأحوال، بل له أن يرجع متى شاء، وكل التزام هذا حكمه يبطل بالوفاة كما قدمنا وعلى ذلك فموت المعير سواء أكان قبل تسليم العارية أم بعده مبطل لإعارته، فإن توفي قبل التسليم لم يطلب من ورثته شيء، وإن توفي بعده، وجب رد العين إلى ورثته في الحال. وقد قدمنا الكلام على وفاة المستعير في بيان حكم توارث المنافع، وذكرنا أنها تبطل الإعارة أيضا سواء أكانت بعد القبض أم قبله.

وهذه الأحكام محل اتفاق بين الحنفية والشافعية والحنابلة، وهي مذهب الثوري والحسن والأوزاعي ووكيع[1] . غير أن الوجهة في بطلانها تختلف. فيرجعها الحنفية إلى ما بيناه في الإجارة من أنها عقد على المنافع، وهي غير موجودة وقت العقد، وإن ذلك ألجأهم إلى القول بتجدد العقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، فإذا مات المعير لم يمكن أن يتجدد العقد بعد وفاته، ولم يمكن أن ينفذ كلامه في منافع أصبحت ملكا لغيره، ويرجعها الشافعية والحنابلة إلى أنها من قبيل الإباحة فلا

(١) راجع المحلى ونهاية المحتاج وكشاف القناع والمغني.

يستفيد المستعير بها ملكا ولم يستفد منها إلا مجرد الإذن يبطل بموت من صدر منه ومن صدر له، لأنه لا ينفذ في شيء أصبح ملكا للغير[1].

وأما المالكية فإنهم يرون العارية من العقود اللازمة إذا تمت بالقبض وكانت مؤقتة فإذا لم تقبض ففي لزومها روايتان إحداهما أنها لازمة بمجرد القول، والأخرى أنها لا تلزم فلا يجبر المعير على تسليم العين المستعارة إلى المستعير بل إن شاء مضى فيها وإن شاء رجع فيها[2]، وإن كانت غير مقيدة بمدة ففيها رأيان أيضا أصحهما كما تقدم أن العرف يقيدها بالمدة المتعارفة في مثلها فيكون حكمها حكم المقيدة، وثانيهما أنها لا تتقيد وحينئذ تكون غير لازمة حتى بعد القبض فللمعير أن يرجع فيها متى شاء.

ثم إنها تفيد ملك المنفعة عندهم، فيملك المستعير المنفعة مجانا كما يملكها المستأجر بالعوض، فإذا ما قبضت فتمت فلا يؤثر فيها وفاة المعير ولا وفاة المستعير بل تستمر إلى أن تنتهي المدة المحددة لها نصا إن قيدت بمدة، والمحددة لها عرفا إن أطلقت، فإن مات المعير أو المستعير قبل انتهاء هذه المدة قام وارثه مقامه فيما كان له، فيستوفي وارث المستعير منافع العين في باقي المدة ثم ترد بعد ذلك إلى المعير أو إلى ورثته، وليس لورثة المعير استرداد العين قبل نهايتها، لأنهم إنما ورثوا عينا قد سلبت منافعها في مدة معينة، فليس لهم لذلك حق في طلبها إلا بعد مضي هذه المدة، وفي المدونة[3]: قلت أرأيت الرجل يعير الرجل المسكن عشر سنين فيقبضه فيموت المعار، أيكون ورثته مكانه في قول مالك؟ قال نعم لقد سألت مالكا عن الرجل يعير الرجل المسكن أو الخادم عشر سنوات فيموت قبل أن يتمها؟ فقال ورثته مكانه، قلت وإن لم يقبض؟ قال وإن لم يقبض. قلت فإن مات المعير قبل أن يقبض المعار عاريته؟ قال لا شيء له. قلت فإن كان قد قبض ثم مات المعير؟ قال لا شيء لورثة المعير حتى يتم المعار سكناه لأنه قد قبض وكذا الحكم في الهبة والصدقة أ هـ.

---

(١) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٣٢٨، ٣٣١، والنهاية للرملي جـ٥ ص ١٢٩ والشبراملسي جـ٥ ص١٢٩.

(٢) راجع العقد جـ٢ ص ١٣٢.

(٣) جـ ١٥ ص ١٦٧.

ولا تنس أن المستعير إذا قبض العارية وكانت مطلقة فإنها على ما ذكرناه لا تلزم في رواية عندهم وتكون حينئذ وفاة كل من المعير والمستعير مبطلة لها على هذه الرواية فيجب رد العارية عندئذ إلى المعير أو إلى ورثته.

وأما إذا كانت وفاة أحدهما قبل قبض العارية فإن الحكم لا يختلف بالنسبة إلى وفاة المستعير، فلا يكون لهذه الوفاة تأثير في الالتزام ويقوم ورثته مقامه في المطالبة بتسليم العارية وإجبار المعير على ذلك والانتفاع بها المدة المحددة، أما بالنسبة لوفاة المعير فإن الحكم يختلف لأن العارية تبطل حينئذ بوفاته.

كما تبطل الهبة والصدقة بوفاة الواهب والمتصدق قبل القبض ولا يطالب ورثته حينئذ بالتسليم[1].

المطلوبات المترتبة على القرض:

٣٧- وإن كان التعاقد قرضا فإنه لا يلزم بمجرد القول عند الحنفية والشافعية والحنابلة، فيجوز للمقرض بعد الإيجاب والقبول وقبل التسليم أن يمضي فيه فيسلم ما أقرضه، وأن يرجع فلا يسلم ولا يجبر على ذلك، وزاد على ذلك الشافعية فذهبوا إلى أنه عقد غير لازم أيضا بعد القبض، فللمقرض أن يسترد عين ما أقرضه بعد تسليمه إلى المقترض على أصح الروايتين عندهم بشرط ألا يكون قد تعلق به حق لازم لغير المقترض، فإذا تعلق به حق لغيره كأن رهنه مثلا لم يجز للمقرض أن يسترده لذلك. ولا يتم هذا العقد ولا يفيد المقترض ملك ما اقترضه إلا بالقبض عند أبي حنيفة ومحمد وأحمد والشافعي على إحدى روايتيه، وبه يلزم العقد عندهم فلا يملك المقرض أن يسترد عين ما أقرضه ويجوز له بمجرد تسليمه مطالبة المقترض بالبدل.

واشترط الحنابلة لذلك ألا يفلس المقترض أو يحجر عليه قبل أن يؤدي شيئا من بدله ولا تزال عين القرض في يده، فإن كان شيء من ذلك جاز للمقرض استرداد عين القرض تقديما لحقه.

---

(١) راجع الرهوني جـ٧ ص ١٩٢.

وعن أبي يوسف أنه لا بد في إفادته الملك من أن يتصرف المقترض فيما اقترض وعلى ذلك فللمقرض أن يسترد عين ما أقرضه ما دام المقترض لم يتصرف فيه لأنه لا يزال على ملك المقرض.

وبناء على ما ذكر فإذا توفي المقرض أو المقترض قبل القبض بطل القرض فلا يطالب وارث المقرض بتسليم عين القرض إلى المقترض ولا يجبر على ذلك، وليس لوارث المقترض إلزام المقرض أو وارثه بالتسليم، أما وفاة أحدهما بعد القبض فلا تأثير لها لأنها جاءت بعد تمام العقد واستقرار آثاره، فقد وفى المقرض بما التزم واستحق قبل المقترض بدله في ذمته وأصبح دائنا له، وتملك المقترض ما اقترض ووجب عليه رد بدله، وأصبح العقد لازما خلافا لما ذهب إليه الشافعي على أصح روايتيه من أنه لا يلزم إلا بتصرف المقترض فيما اقترض تصرفا يثبت فيه حقا لازما لغيره فإذا لم يتعلق به حق لغيره فتوفي المقرض وعين القرض على حالها كان لوارثه أن يستردها.

وأما المالكية قد ذهبوا إلى أن القرض يلزم بمجرد القول ولكنه مع ذلك لا يتم إلا بالقبض كالهبة، وإذا مات المقرض قبل القبض بطل، فلا يلزم ورثته بشيء، كما هو حكم موت الواهب قبل تسليم ما وهب، ولكن إذا مات المقترض قبل أن يتسلم ما اقترضه لم يبطل، بل يكون لوارثه حق القيام على المقرض حتى يسلم إليه ما أقرض، كما هو الحكم في وفاة المتهب قبل القبض، أما وفاة أحدهما بعد القبض فلا أثر لها لأنها جاءت بعد تمام العقد وإفادته جميع آثاره كما تقدم(١) .

والأجل في القرض غير لازم عند الحنفية والشافعية وأحمد في رواية، فللمقرض ألا يلتزم به وأن يطالب ببدل قرضه في الحال وعليه فلا يلزم به وارثه، ذلك لأنهم يرون أن الأجل منة وتفضل من المقرض لانعدام المعاوضة وما على المحسنين من سبيل، وعن أحمد أنه يلزم فلا يقبل من المقرض أن يرجع فيه لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» وهذا شرط لم يحرم حلالا ولم يحلل حراما فيلزم المقرض ووارثه من بعده وهو مذهب مالك، فإذا لم ينص فيه على

(١) راجع الرهوني جـ٧ ص ١٩١، ١٩٢ وكشاف القناع جـ٢ ص ١٣٦

الأجل فالأرجح عنده أن يكون مؤجلا إلى الوقت الذي تقضي به العادة والعرف في مثله، وقيل لا يتأجل حينئذ حتى إذا طلب المقرض عين قرضه قبل الانتفاع بها ردت إليه، لأنه له حق المطالبة به، وهل يجب رد العين أو للمقترض أن يمتنع ويرد البدل؟ ظاهر الإطلاق أنه يجب رد العين، ومقتضى قواعدهم أنه لا يجب ردها لأنها أصبحت ملكا له بالقرض، فإن شاء ردها وإن شاء رد بدلها.

المطلوبات المترتبة على الوكالة:

٣٨- وإن كان التعاقد وكالة فإن ما يملكه الوكيل بسببه من الولاية ينتهي بالموت، فينعزل بموت موكله فلا تكون له ولاية بعد وفاته، كما تنتهي ولايته أيضا بمجرد موته فلا ينتقل منها إلى ورثته شيء، ذلك لأنه عقد غير لازم، وشأن العقود غير اللازمة أنها تبطل بالموت لما بينا.

ولكن إذا باشر الوكيل تصرفا من التصرفات بمقتضى ولايته فلزمه بسبب هذه المباشرة عهدة ومطالبة، ثم توفي بعد ذلك قبل أن يفي بها لزمه، فإن الوفاء به حينئذ يجب في تركته ابتداء محافظة على حقوق غيره، ومنعا للضرر عنهم، وتجنبا للتغرير بهم.

وبيان ذلك أنه قد يعتبر فيما يباشره من التصرفات بمقتضى وكالته، متصرفا بعبارته، عاملا بإرادته، ملتزما بتعاقده، وقد يعتبر سفيرا فيه عن موكله، ومعبرا عنه كأن موكله قد استعار منه عبارته فقط، ففي الحال الأولى تكون حقوق العقد ومقتضياته التي يستتبعها ثبوت حكمه للموكل واستقراره له، راجعة إلى الوكيل، فهو المطالب بها الملتزم بها، وفي الحال الثانية تنتهي مهمة الوكيل بانتهاء عبارته، فلا يكون بعد عبارته مطالبا بشيء يتعلق بالعهد، وإنما تتوجه كل مطالبة في هذا الشأن الموكل وحده.

وإنما يعتبر وكيلا متصرفا بعبارته في كل تصرف لا يضطر فيه إلى إضافة العقد إلى موكله حين يريده له، بل إن شاء أضافه إليه فكان بذلك رسولا فيه فلا ترجع إليه

حقوقه، وإن شاء أضافه إلى نفسه فكان وكيلا فيه، حكمه وأثره لموكله، وحقوقه ترجع إليه لا إلى موكله، وهذه هي العقود المالية التي تتم بمجرد القول، ولا تتوقف على القبض كالبيع والإجارة ونحوها، إذ للوكيل فيها أن يقول بعت واشتريت، فيضيف العقد إلى نفسه، وأن يقول باع فلان أو اشترى فلان فيضيف العقد إلى موكله، وعلى كل حال فحكم العقد للموكل، وليس على الوكيل إلا حقوق العقد فيما إذا أضاف العقد إلى نفسه، فيطالب حينئذ بتسليم المبيع إذا كان وكيلا عن البائع، وبدفع الثمن إذا كان وكيلا عن المشتري وهكذا مما هو مذكور في موضعه، وفيما عدا ذلك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل وإنما ترجع إلى الموكل.

هذا هو مذهب الحنفية وخالفهم في ذلك الشافعية، فقالوا إن الحقوق ترجع إلى الموكل في جميع الأحوال، وبناء على ما ذهب إليه الحنفية إذا توفي الوكيل بعد أن تصرف بمقتضى وكالته ولزمته بسبب هذا حقوق، وكانت وفاته قبل أن يقوم بها، فإن كان له وصي انتقلت المطالبة بهذه الحقوق إلى وصيه فيطالب بما كان يطالب به الوكيل في حياته ولكن في تركته، فإن لم يترك وصيا أقام له القاضي وصيا لهذا الغرض، ولا تنتقل العهدة إلى موكله ولا إلى وارثه، وذهب بعض الحنفية إلى أنه بوفاته تنتقل العهدة والمطالبة بالحقوق إلى موكله مباشرة فلا يطالب وصيه، ومقتضى هذا الرأي ألا يكون لما تعهد به ارتباط بتركته من ناحية الضمان، فينتهي كل أثر للوكالة بوفاته، وكأن الموكل قد باشر العقد بنفسه ولم يحصل منه توكيل، وهذا القول أرفق بورثة الوكيل، ولكنه مجحف بحقوق من تصرف معهم، فلعلهم ما أقدموا على العقد إلا ثقة بالوكيل واعتمادا على التزامه وما يلحقه من عهدة وأنه مسئول أمامهم فإذا توفي كانت تركته ضمانا لهم. وعلى هذا إذا كان وكيلا بالشراء فمات قبل أن يدفع الثمن، فإن وصيه يطالب به، فيدفعه الوصي من تركته ثم يرجع به بعد ذلك على المشتري. ولا شك أن هذه الوساطة قد تضر بالوراثة في بعض الأحوال كما إذا أفلس المشتري، وقد رجح أكثر الفقهاء هذا الرأي، ورجح الطرابلسي الرأي الآخر وقال إنه من المناسب لهذا الزمن.

ذلك ما يتعلق بالأثر الذي يثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة، أما ما يثبت للموكل به فهو انتفاعه أولا بعمل الوكيل والتزامه به بعد صدوره حال وكالته، قال القرافي: وما يملكه الموكل بمقتضى الوكالة إنما هو أن ينتفع بالوكيل بنفسه فله بذلك حق الانتفاع ولم يملك منفعته، فإن شاء انتفع بعمله وتصرفه، وإن شاء أهمله وعزله، وهذا إذا كانت الوكالة بغير عوض، أما إذا كانت بعوض فهي إجارة، والوكيل حينئذ أجير، والموكل مالك لمنفعته، وله حينئذ بيع هذه المنفعة ما رغب في ذلك الوكيل الأجير وإلا لا[1] أهـ بتصرف.

المطلوبات المترتبة على الشركة:

٣٩- وإن كان التعاقد شركة فكذلك ينتهي ويبطل بوفاة أحد طرفيه، سواء أكانت وفاته قبل ابتداء العمل أم بعده، ولا يقوم فيها وارث المتوفى مقام مورثه، وإذا أريد المضي في العمل فلا بد من شركة جديدة بعقد جديد مستوف لجميع شروطه، لا فرق في ذلك بين أن يكون مال الشركة نقودا أو عروضا، ولا يشترط لانفساخها بالموت أن يعلم الطرف الآخر بموت صاحبه وشريكه، بل تنتهي بمجرد الوفاة، وذلك لأنها عقد غير لازم، لأحد طرفيه أن يستقل بفسخه، ولأنها أيضا تتضمن الوكالة التي هي عقد غير لازم، فكل من الشريكين أو الشركاء وكيل عن غيره من الشركاء في كل ما يتعلق بالشركة، وأنت تعلم أن العقود غير اللازمة يبطلها الموت لما بيناه لك، ولذا بطلت أيضا بالجنون والإغماء يصيب أحد طرفي العقد[2] .

وهذا هو رأي الحنفية والشافعية، واختلف المالكية في لزومها فذهب ابن رشد في بداية المجتهد[3] إلى أنها غير لازمة إذ قال: والشركة من العقود الجائزة، أي لأحد الشريكين أن ينفصل من الشركة متى شاء، وهي عقد غير موروث أهـ. وذهب غيره إلى أنها عقد يلزم بمجرد القول، ففي مختصر خليل «إن الشركة عقد لازم بالقول» وعن التنبيهات أن الشركة عقد يلزم بالقول كسائر العقود والمعاوضات، وقيل إن

(١) راجع الفروق جـ١ ص ١٨٧.

(٢) راجع الجوهرة جـ١ ص ٢٩٠ والهندية جـ٢ ص ٣٢٥ والهداية جـ٥ ص٣٤ ونهاية المحتاج جـ٥ ص١٠.

(٣) جـ٢ ص ٢١١.

هذا هو المشهور من مذهب مالك. ولذا ذهب إليه خليل[1]، وذهب آخرون إلى أنها لازمة قبل البدء بالعمل، غير لازمة بعد الشروع فيه. ومعنى ذلك ألا يستقل أحد طرفيها بفسخها قبل التصرف من أحدهما بمقتضى عقد الشركة، أما بعده فلكل واحد منهما أن يتحلل منها، وقد نقل هذا القول أبو الحسن التسولي في كتابه البهجة[2]

وعلى أية حال فهي عند المالكية عقد غير موروث يبطل بموت أحد طرفيه، ولا يقوم الوارث فيه مقام مورثه لما فيها من معنى الوكالة التي تعتمد الثقة وذلك ما تفيده عبارة الرهوني[3] وفي المدونة: أرأيت إذا مات أحد الشريكين؟ قال إذا مات أحدهما لم يكن للباقي منهما أن يحدث في المال الباقي ولا في السلع قليلا ولا كثيرا إلا برضا الورثة، لأن الشركة حين مات أحدهما انقطعت فيما بينهما وصار نصيب الميت للورثة وهذا رأيي أ هـ[4].

وعلى ذلك فبطلان الشركة بموت أحد الشركاء محل اتفاق بين أبي حنيفة ومالك والشافعي.

وأما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الشركة عقد جائز أي غير لازم أيضا، وأن لأحد طرفيها أن يستقل بفسخها، لأن مبناها على الوكالة والأمانة، والوكالة عقد غير لازم، ولذا تبطل بموت أحد الشريكين وبجنونه وبالحجر عليه للسفه، كما تفسخ بفسخ أحدهما وبكل ما تبطل به الوكالة، فإن عزل أحدهما صاحبه انعزل ولو لم يعلم بذلك، وليس له أن يتصرف إلا في قدر نصيبه، ولكنهم مع ذلك جعلوا لوارث أحد الشريكين إذا مات أن يقيم على الشركة إذا كان رشيدا بعد اتفاقه مع الشريك الآخر على ذلك، ولا شك أن ذلك ليس محلا للخلاف لأنه ابتداء شركة جديدة وعقد جديد، بدليل اشتراط اتفاق الطرفين على استدامتها، وإنما محل الخلاف فيه أن الحنابلة لا

(١) راجع الزرقاني والبناني عليه جـ٦ ص٤١.
(٢) جـ٢ ص ٢٠١.
(٣) راجعه جـ٦ ص ٥٥.
(٤) راجع المدونة جـ١٢ ص ٨٤.

يعتبرونه ابتداء شركة جديدة بكل معانيها، بل يرونه استدامة للشركة التي كانت، ولذا لا يوجبون أن يتوافر عند عقد هذا الاتفاق بين الورثة أو بين أحدهما وورثة الآخر جميع شروط الشركة التي يجب توافرها عند الابتداء، من حضور المال وكونه نقدا مضروبا وبيان الربح إلى غير ذلك، وإذن فهي عندهم حالة خاصة من أحوال الشركة أعطى لها حكم خاص دعا إليه التيسير وتحقق المصلحة فيه، وليس إذن معنى قولهم: إن ذلك لا يعد ابتداء شركة جديدة بل إتماما للشركة السابقة، إن الشركة لم تبطل بالموت. وإنما معناه أن الشركة التي تمت بين أحد الشريكين وورثة الآخر لما كانت على مثال الشركة السابقة وعلى شروطها، وقد حلت محلها، اعتبرت كأنها استدامة للأولى، ويدل على ذلك ما في المستوعب: إن مات أحد الشريكين بطلت الشركة، وتسلم الوارث حقه، وفي المغني: الشركة من العقود الجائزة تبطل بموت الشريك، وعلى ذلك فقد انحصر الخلاف بين الأئمة في وجوب توافر ما يلزم للشركة من الشروط ابتداء، عند إرادة استدامة الشركة المقتضية بالموت، أو عدم وجوبه، لا يرى أحمد إلا أن يتفق الطرفان على استدامتها فتستمر وهذا بلا شك تيسير وفيه مصلحة، ويرى غيره أنه لا بد حينئذ من توافر جميع الشروط اللازمة لابتداء الشركة حتى تنعقد شركة جديدة تحل محل المنقضية، وفي هذا تشديد ما كان أغناهم عنه لانتفاء الضرر عند عدم توافر كل هذه الشروط، وهي ما شرعت إلا لأجل تجنبه.

المطلوبات المترتبة على المضاربة:

٤٠ - وإن كان التعاقد مضاربة[١] - وهي المعروفة عند الحجازيين بالقراض - فقد ملك المضارب به أن يعمل في مال صاحبه وهو رب المال ويستثمره باعتباره وكيلا عنه، على أن يكون له من الربح الناتج حصة شائعة معينة بحسب ما تم الاتفاق عليه، كما ملك رب المال أن ينتفع بعمل المضارب. وبهذا يظهر لك أن القراض يتضمن توكيل العامل المستثمر للمال من قبل ربه، وأن العامل يملك به عينا هي حصته من الربح الذي يفتح الله به عليهما من العمل، وأنه لتضمنه الوكالة كان عقدا غير لازم، لأن ما تضمن غير اللازم كان غير لازم وإلا انقلب غير اللازم لازما. فيبطل بما تبطل به الوكالة من موت وجنون وحجر وعزل من رب المال، غير أن بطلانه بالموت وما أشبهه لا يتوقف على علم الآخر به، لأنه عزل حكمي كما هو الحكم في الوكالة.

(١) هذا النوع من المعاملة يسمى عند العراقيين مضاربة.

وبناء على ذلك فلكل من طرفي القراض أن ينفرد بفسخه، ولكن بشرط أن يعلم الآخر بذلك، لأنه عزل صريح، فيشترط فيه العلم كما في الوكالة. وأن يكون رأس المال عند العزل ناضا أي نقودا لا عروض فيه، حتى يستطاع معرفة ما للعامل من الربح وإعطاؤه إياه على حسب الشرط. وعند وفاة أحدهما لا يقوم ورثته مقامه في العقد، ولكن إذا حصلت الوفاة وفي مال المضاربة عروض، باعها المضارب إن كان المتوفى رب المال، حتى ينض رأس المال جميعه ليعرف حقه، ولذا لو نهى رب المال المضارب عن العمل وفي المال عروض لم ينفذ نهيه في الحال، ولكن يبيع العروض جميعها ليظهر حقه ثم يمتنع عن العمل، لأن في نفاذ النهي إبطالا لحقه، فلا يجوز حتى ينض رأس المال. وإن كان الذي توفي هو العامل، وفي المال عروض باعها وصيه للسبب السابق، فإن لم يكن له وصي أقيم له وصي لهذا الغرض، وقيل إن ولاية البيع في هذه الحال تكون لوصيه بالاشتراك مع رب المال، فيكون الأمر إليهما مجتمعين، وهذا أصح القولين لأن الملك لرب المال، والحق كان للمضارب، فلا بد من اشتراك المالك وخليفة المضارب وهو الوصي وهذا ما ذهب إليه الحنفية[1].

وقد وافقهم أصحاب أحمد بن حنبل على أنه عقد غير لازم تبطل بما تبطل به الوكالة من موت وجنون وحجر للسفه، وعلى أن للعامل حقا في الربح، وإن ذلك يستوجب عند الفسخ بأي سبب من الأسباب المذكورة أن ينض المال ليظهر ما للعامل من حق في الربح، ولذا لو عزله رب المال صح عزله إن كان رأس المال كله ناضا، وإلا كان له حق بيع ما فيه من العروض حتى ينض جميعه فيظهر مقدار ربحه وتعرف مقدار حصة العامل فيه وعند ذلك ينتهي العقد. وكذلك الحال إذا توفي أحدهما وفي المال عروض وأمتعة، فإن كان الذي توفي هو رب المال كان بيع هذه العروض والأمتعة حتى تنض المال، فإذا نضت انتهت المضاربة وأعطي العامل حصته من الربح، وإن كان الذي توفي هو العامل اتفق ورثته مع رب المال على بيعها لذلك الغرض، فإن اتفقوا فيها، وإلا باعها الحاكم وانتهت ببيعها المضاربة، وأعطي

(١) راجع الهندية والدر ورد المحتار والبدائع.

الورثة حصة مورثهم من الربح(١).

وبهذا أخذ الشافعي - رحمه الله تعالى - غير أن المضارب عنده لا يملك شيئا من الربح إلا بقسمته عند وجود العقد أو بتنضيض المال بعد ارتفاع العقد على أظهر الروايتين عنده، أما قبل ذلك فلا ملك له وإنما يكون له حق في الربح يتأكد بظهوره، فيورث هذا الحق عنه، ويتقدم به ورثته على غرماء رب المال، ويغرمه رب المال إذا أتلفه بإتلاف المال أو باسترداده، والرواية الثانية أنه يملكه بالظهور كما في المساقاة(٢).

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن عقد القراض غير لازم أيضا، ولذا لا يصح عندهم توقيته، لأنه لو أقت لم يكن لكل من طرفيه فسخه قبل انتهاء الوقت فكان لذلك لازما وقد شرع غير لازم، غير أنه إذا فسخه أحدهما والمال ناض على حاله لم يتغير جنسه بمبادلة وشراء نفذ فسخه في الحال ووجب رد رأس المال إلى صاحبه، وإن فسخه والمال غير ناض بأن اشترى به أو ببعضه عروضًا لم ينفسخ في الحال، وبقي حتى ينض رأس المال ويعود نقدا كما كان فينتهي في هذه الحال وقد جاء في المدونة: وإذا دفع رجل إلى آخر مالا قراضا فاشترى به سلعا فأراد رب المال عدم المضي في القراض ورغب في أخذ ماله لم يكن له ذلك، ولكن ينظر فيما هو موجود وقائم بين يديه من السلع، فإن رأى السلطان وجه بيع لها باع، وإن لم ير وجه بيع لها أرجأ الأمر إلى أن يرى لها وجه بيع، فعند ذلك تباع ويفسخ القراض أ هـ. وإنما اتبع هذا للمحافظة على ما للعامل من الحق إذ لا يظهر إلا بتنضيضه وإذن فلا يجوز حينئذ أن تشترى به عين أخرى أو تستأنف به تجارة جديدة لبطلان العقد حينئذ، وإذن فالفرق بين المالكية وغيرهم في هذه الحال ظاهر، إذ يرون بقاء العقد إلى أن ينض المال ولكن غيرهم يرى أن العقد قد انتهى ويجب بعد ذلك تنضيض المال لحق المضارب لا باعتبار أن العقد لا يزال مستمرا ولكنه إجراء دعت إليه الضرورة والمصلحة(٣).

وبناء على ما ذكر فإذا توفي رب المال أو العامل قبل البدء في القراض والشروع فيه بطل بوفاته، لأن العقد غير لازم والمال ناض، ولم يثبت للعامل حق فيه فيدفع إليه،

(١) راجع الكشاف جـ٢ ص ٢٦٩.

(٢) راجع نهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٣٤، ٢٣٧ وما بعدها.

(٣) راجع الباجي على الموطأ جـ٥ ص ١٦٢، ١٦٣، والتاج الإكليل جـ٥ ص ٣٦٠.

أما إذا كانت الوفاة بعد الشروع في العمل بأن تغير رأس المال فاشترى به عروض أو سافر به المضارب للعمل فيه في جهة أخرى أو ليشتري به من مكان آخر - على رأي عندهم - فلا يترتب عليها انفساخ العقد في الحال على ما سيأتي تفصيله، وذلك لأن العامل إذا توفي بعد أن يكون قد شرع في العمل على الوجه الذي وصفنا فإنما كانت وفاته بعد أن ثبت له حق العمل في المال، فيكون هذا الحق بعد وفاته لورثته، ولا يكون لرب المال أن ينتزعه منهم لأنه حق لهم في المال انتقل إليهم عن مورثهم.

وكذلك إذا توفي رب المال بعد الشروع في العمل لم يجز أن يترتب على وفاته بطلان حق ثبت للعامل فيبقى العامل على عمله وشروطه، ولا يكون للورثة حينئذ حق انتزاع المال منه[1].

وقال عبد الباقي في شرحه على خليل: وإن مات العامل قبل أن ينض المال بأن كان قد اشترى به عروضا لا تزال قائمة لم ينفسخ عقد القراض بموته مراعاة لحق ورثته، كما روعي ذلك في الجعالة إذا ما توفي العامل قبل إتمام العمل الذي جعل له الجعل، وإذا فلوارثه إذا كان أمينا حاذقا بالعمل أن يقوم على العمل حتى يكمل فينض كل المال، وذلك على حكم ما كان لمورثه، فإن لم يكن كذلك فله أن يأتي بعامل مثل مورثه في الأمانة والبصر بالعمل، فإن أبى ذلك سلم المال إلى ربه ولا شيء له، إلا أن يستأجر رب المال من يعمل فيه حتى ينض فيكون حينئذ لورثة الأول من الربح بنسبة ما عمل مورثهم كما في الجعالة، وإنما كان ذلك لرأي صاحب المال، ولم يستأجر من تركة العامل المتوفى من يعمل في القراض كما هو الحكم في المساقاة، لأن الغرض من المساقاة العمل وهو في الذمة، والمقصود في القراض عمل نفس العامل لما عرف فيه من حذق وأمانة ومران وبصر فافترقا، ثم إن المساقاة أشبه بالإجارة للزومها بخلاف القراض، وفي المدونة: قال مالك في الرجل يدفع إليه المال قراضا فيعمل فيه فيموت المقارض، إن كان ورثته مأمونين قيل لهم تقاضوا هذا المال وبيعوا ما بقي في يد صاحبكم «مورثكم» من السلع وأنتم على الربح الذي كان له، وإن كانوا غير مأمونين فأتوا بأمين ثقة كان لهم ذلك، وإن لم يأتوا بأمين ثقة ولم يكونوا مأمونين

(١) راجع الباجي جـ٥ ص ١٧٤، ١٧٥.

سلم المال والعرض وجميع مال القراض إلى رب المال، ولم يكن لورثة الميت من الربح قليل ولا كثير، وإن مات رب المال فالقارض على قراضه بحال ما كان إن أراد ورثة رب المال ذلك فإن أرادوا أخذ مالهم كانوا بمنزلة ما وصفت في الرجل إذا قارض رجلا فاشترى سلعة ثم أراد ماله فليس له ذلك أ هـ.

وبناء على ما ذكر فإن عقد القراض لا يبطل بوفاة رب المال مع حياة المقارض وإنما يبقى إذا أراد الورثة بقاءه، فإذا أرادوا فسخه فسخوه ولا ينفذ ذلك إلا بعد أن ينض المال، أما وفاة المقارض فتبطل العقد إبطالا مؤجلا إلى أن ينض رأس المال، إما بعمل الورثة وإما بعمل الأمين الذي يأتون به، فإن لم يأتوا به وكانوا غير أمناء بطل العقد وليس لهم شيء من الربح لأنه لا يملك عند المالكية إلا بقسمته[1]، إلا أن يرى رب المال أن يستأجر من يتم العمل فيكون لهم حينئذ من الربح بنسبة ما عمل مورثهم، ولعل وجه ذلك، وجود رأي آخر لهم في تملك الربح وهو أنه يملك بظهوره لا بقسمته، وإلا ما كان لهم شيء من هذه الحال لعدم تملك مورثهم.

وذهب أبو محمد علي بن حزم إلى أن القراض عقد غير لازم أيضا يستبد أحد طرفيه بفسخه، فإن فسخه رب المال وكان في المال عروض أجبر العامل على بيعها في الحال دون إرجاء كما يرى المالكية، خسر أم ربح، ولا يجوز التأخير لأنه لا يدري إلى أية مدة يؤخر البيع، ولا يعلم متى ترتفع الأثمان ومتى تنخفض فإيجاب التأخير لذلك خطأ، ولا يلزم أحد بأن يباع ما له على وجه يتمول به غيره، ثم قال: والعجب ممن ألزم صاحب المال الصبر حتى يكون للسلع سوق ووجه بيع مراعاة للعامل، وهو لا يرى إجباره على تدارك من يموت جوعا من ذوي رحمه وقرابته كعمه وأخيه، بما يقيم رمقه[2]، ثم قال: وإذا مات أحد طرفي القراض بطل، أما بطلانه بموت رب المال فلأن المال صار إلى ورثته ولم يكن منهم عقد ولا رضا به، وأما بطلانه بموت المقارض فلأن العقد كان معه لا مع ورثته، وعلى هذا فعمل المقارض بعد موت رب المال أو عمل ورثته بعد موت مورثهم ليس إلا من قبيل إصلاح المال، فلا يعتبر تعديا، غير

(١) راجع الباجي جـ٥ ص ١٧٨.

(٢) يريد بذلك مالكا لأنه لا يرى وجوب النفقة لحواشي.

أن الربح كله يكون لرب المال وللعامل أو ورثته أجر مثل عملهم[1]، غير أن هذا التعليل لا يكفي موجبا لإجبار العامل أو ورثته على بيع العروض في الحال، إذ لا يجبر الإنسان على العمل لإصلاح مال غيره دون أن يكون هناك موجب لاختصاصه بذلك دون سائر الناس كما قدمنا، فإن رأى أن ذلك الموجب هو عقد المقارضة لزمه أن يقول ببقائه حتى يترتب عليه هذا الإجبار.

المطلوبات المالية التي يفرضها الإنسان على نفسه متبرعا:

٤١- وأما ما يفرضه الإنسان على نفسه من مال، أو ما يتعلق به ويؤدى منه، وذلك في غير تعاقد بينه وبين غيره، فقد يفرضه على نفسه نظير عمل يطلب من غيره أن يؤديه، وهذا ما يعرف عند الفقهاء بالجعالة، كأن يقول شخص من بحث عن ضالتي فوجدها فله كذا من المال، أو من ينبئني بكذا فله كذا من المال ونحوه. وقد يفرضه على نفسه لا في نظير عمل ولكن تبرعا منه، وفي هذه الحال إذا أضاف تمليكه إلى ما بعد موته، كان من قبيل الوصية وأعطى أحكامها وقد بيناها فيما مضى، وإذا جعله في حياته كان لذلك صورتان، إحداهما أن يكون ذلك بعبارة تفيد أنه ألزم بذلك إلزاما باتا، وهذا ما يسمى بالالتزام أو هو ضرب منه، والثانية أن يكون بعبارة لا تفيد هذا الإلزام البات، وهذا ما يسمى بالوعد أو العدة بالمال، وهذا إذا كان لغير الله تعالى. فإن ألزم نفسه بمال أو بعمل يؤدي به طاعة لله تعالى وتقربا، كأن يلزم نفسه بمبلغ من المال ليتصدق به أو لينفقه في عبادة كحج أو في عمل نافع فذلك ما يسمى نذرا.

أما الإقرار بالمال فليس من قبيل الالتزام، لأنه في الحقيقة إخبار الإنسان عن حق ثابت عليه لغيره، فهو إعلام بالتزام سابق موجود، لا منشئ له ولا مثبت لحق جديد، ولذا لم يكن لموت المقر ولا لموت المقر له أثر فيه وكان مقتضى هذا ألا يرتد برد المقر له، لأنه إخبار بحق ثابت والرد تكذيب لهذا الإخبار، والتكذيب لا يرفع الثابت، ولكن لما كان يترتب على إثبات الحق للمقر له، بناء على إقرار المقر وإخباره، تبعات والتزامات تطلب من المقر له باعتباره صاحب الحق، كان الإقرار من هذه

(١) راجع المحلى جـ٨ ص ٢٤٩.

الناحية متضمنا إلزام المقر له بتبعات هذا الحق وليس للمقر ولاية هذا الإلزام، فكان للمقر له حينئذ أن يرد هذا الإقرار ويرفضه حتى لا يلتزم بنتائجه، ومن هذه الوجهة ارتد الإقرار بالرد.

المطلوبات المترتبة على الجعالة:

٤٢ - الجعالة التزام مال معلوم نظير عمل معين أو مجهول، مثال الأول أن يقول شخص من نقل متاعي هذا إلى مكان كذا فله علي مبلغ كذا، ومثال الثاني أن يقول شخص من رد علي ضالتي وهي كذا فله علي كذا من المال، فإن العمل الذي يباشره العامل في رد الضالة وقت الالتزام مجهول، لأن كيفية البحث وطرقه مختلفة، ولا يدري أيكون الغمل يسيرا لوصوله إلى العثور عليها، سريعا أو شاقا.

وهذا الضرب من الالتزام يعتبر عقدا صادرا من قبل شخص واحد ما لم يشرع في العمل المطلوب به أحد، فإن شرع فيه أحد اعتبر بهذا الشروع تعاقدا حصل بين الجاعل والعامل الذي شرع، ويراه الشافعية والحنابلة على أية حال عقدا غير لازم ما دام العمل المطلوب به لم يتم، فللجاهل فسخه والرجوع عنه سواء أشرع في العمل المطلوب به أحد أم لم يشرع، غير أنه لا شيء يلزمه إن رجع عنه قبل الشروع، وإن رجع عنه وقد شرع فيه أحد كان للعامل أجر مثل ما عمل، يلزمه أن يؤديه إليه لعدم التقصير من جهة العامل، وكذلك لمن شرع فيه أن يفسخه بأن يأبى أن يتم العمل، فإن شرع فيه ثم أبى أن يتمه فلا شيء له، لأنه لا يستحق إلا على إتمام العمل ولم يتمه، فهو غير لازم في هذه الحال بالنسبة لطرفيه، أما بالنسبة للملتزم وهو الجاعل فلأن استحقاق الجعل فيه معلق على شرط تسليم العمل تاما، فأشبه بذلك الوصية لتعلقها بالموت، فأعطى حكمها وهو عدم اللزوم، وأما بالنسبة للعامل فلأن العمل فيه قد يكون مجهولا فلا يلزم على المضي فيه دفعا للغرر به كالقراض، ولعدم لزومه في هذه الحال كانت وفاة كل من الجاعل والعامل مبطلة له، وكذلك جنون كل منهما لما ذكرناه في العقود غير اللازمة، فإذا مات الجاعل قبل أن يشرع أحد في العمل فقد بطل التزامه حتى لو شرع فيه أحد حينئذ فأتمه لم يجب له شيء بهذا الالتزام، وإذا مات

بعد الشروع فيه وقبل إتمامه فلا شيء للعامل إذا لم يتمه لأن استحقاقه الجعل معلق على شرط لم يتحقق وهو التسليم مع التمام، ولكن إذا أتم العمل بعد الوفاة وسلمه إلى وارث الجاعل استحق من الجعل بنسبة ما عمل في حياة الجاعل، ولا يستحق عما عمل بعد وفاته شيئا، ذلك لأن الوارث لم يلتزم له بشيء فلا يطالب ببقية الجعل، والتزام المورث قد بطل بموته فيما يأتي من الزمن بعد وفاته، فلا يرجع في تركته إلا بقدر ما عمل في حال الحياة، لأن الالتزام بالنسبة إلى هذا القدر من العمل لم يبطل، وإن مات العامل فأتم الوارث العمل استحق الوارث أيضا بنسبة ما عمل مورثه فقط، ولا يستحق عن عمله شيئا، لأنه إما أن يكون متبرعا بالإتمام فلا يستحق شيئا على ما تبرع به، وإما أن يكون قد قصد إلى أخذ الجعل كله وهو إنما يستحقه على العمل كله ولم يقم به كله بل قام ببعضه[1].

وهذا عندي محل بحث لأن العامل إذا أتم العمل بعد وفاة الجاعل وسلمه إلى الوارث، فقد سلم إليه عينا تعلق بها حقه الذي أوجبه له مالكها نظير عمل قام به فيها. فمن الواجب أن يلزم له الوارث بجميع الجعل في تركة مورثه حينئذ، لأن الموت لم يشرع مبطلا لما ثبت من الحقوق، وقد ثبت للعامل الحق بالتزام الجاعل وشروعه في العمل حال حياته لتمام التعاقد على هذه المعاوضة وكذلك إذا توفي العامل حال حياة الملتزم فأتم الوارث عمله، فإن الواجب أن يعطى كل الجعل، لأن العمل الذي جعل بدله وعوضا عنه قد أتمه كل من العامل ووارثه، فأما استحقاق قسط العامل منه فمحل اتفاق، وأما قسط الوارث فلأن التزام الجاعل لا يزال قائما، ولو أن الوراث قد بدأ العمل فأتمه لاستحق كل الجعل فكذلك لو أتم ما بدأه مورثه لقيامه مقامه وعدم تعلق الغرض بعامل خاص كما في إجارة الأجير وسيظهر هذا في بيان مذهب المالكية.

هذا وليس للملتزم أن يرجع في التزامه بعد إتمام العمل المطلوب، بل يجبر على دفع الجعل للعامل حينئذ نتيجة لالتزامه ولا يقبل منه الرجوع لما في ذلك من التغرير بالناس وهو ممنوع شرعا.

(١) راجع النهاية وكشاف القناع.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن هذا الالتزام صحيح وإلى أنه كذلك غير لازم قبل أن يشرع أحد في العمل كما تقدم فيكون لكل من الملتزم والعامل إذا كان معينا -بأن خوطب بالالتزام- أن يرجع عنه، وأما بعد الشروع في العمل فإنه يلزم بالنسبة إلى الملتزم فلا يستبد بإبطاله حتى ينال العامل ضرر، ولا يلزم بالنسبة إلى العامل فله أن يمتنع عن إتمام العمل حتى ولو لم يبق منه إلا القليل وعندئذ لا يستحق على ما عمل شيئا، لأنه إنما يستحق بإتمام العمل عندهم، وقد أبى أن يتمه، بأن استأجر آخر فقام بإتمام العمل أو كان هذا العمل مما ينتفع بجزئه، كان للعامل حينئذ أجر عمله منسوبا إلى ما استحقه الأجير الثاني من الأجر على باقي العمل، وقيل له حينئذ أجر مثل عمله كائنا ما كان لأنه عمل عملا انتفع به الملتزم ولم يكن فيه متبرعا.

وبناء على ما تقدم فإذا مات أحدهما قبل الشروع في العمل بطل الالتزام لعدم لزومه وأما بعد الشروع في العمل فموت الملتزم لا يبطله إن تم العمل قبل وفاته ويلزمه الجعل في تركته وإن توفي أثناء العمل وكان العمل مما لا يتجزأ كطلب الآبق وحفر البئر، لم يبطل الالتزام أيضا ولم يكن للورثة أن يمنعوا العامل من إتمام عمله، ووجب له بإتمامه الجعل في التركة، وذلك لأن مثل هذا العمل لا ينتفع بجزئه فيعتبر كلا غير قابل للتجزئة، فإذا شرع فيه العامل وجب له أن يتمه حتى لا يناله ضرر، وإن كان العمل مما يتجزأ فينتفع بجزئه انتفاعا مقصودا كالحصاد والتقاط الثمار واقتضاء الدين، بطل الالتزام فيما بقي منه واستحق العامل أجر مثل عمله، إذ القصد حينئذ ليس إلى إتمام العمل دفعة واحدة بل إلى إتمامه على دفعات بإيجاد أجزائه فأمكن تجزئة الالتزام حينئذ[1].

وأما موت العامل أثناء العمل فقد قدمنا أن لورثته أن يتموا العمل ويقوموا مقامه في استحقاق كل الجعل، يستحقون بعضه بالوراثة وباقيه بعملهم كما يقوم وارث الأجير مقام مورثه في إتمام العمل واستحقاق الأجر، ووارث المقارض مقام مورثه، إذ ليس القصد في كل ذلك إلى عامل معين، بل إلى إنجاز العمل وإتمامه[2]

(١) راجع الالتزامات للحطاب.

(٢) راجع المدونة والزرقاني جـ٦ ص ٣٣٢.

وذهب الحنفية إلى أن الجعالة عقد إجارة فاسد لا يترتب عليه أي التزام للملتزم ولا أثر له وذلك لفقدان بعض شروط الإجارة.

المطلوبات المترتبة على الوصية:

٤٣- وأما الوصية فقد ذهب بعض العلماء إلى أن ركنها الإيجاب من الموصي والقبول بعد وفاة الموصي من الموصى له أو من يقوم مقامه وهو وارثه. وذهب زفر إلى أن ركنها الإيجاب فقط وذهب كثير من الحنفية إلى أنها تتم بالإيجاب من الموصي واليأس من رد الموصى له[١].

وسواء أكانت الوصية تتم بالإيجاب وحده أو لا تتم إلا بعد القبول، فإن الموصى بإيجابه فقط قد التزم مالا أضاف تمليكه إلى ما بعد موته، فيكون محله تركته.

وهذا الالتزام لا يبطله موت الملتزم وهو الموصي، بل قد جعل شرطا لظهور آثاره في الوجود والمطالبة بتنفيذه في التركة اتفاقا، وهو إذا كان لجهة من جهات البر التي لا يتصور منها القبول كالمساجد والمستشفيات والربط وما أشبه ذلك فإنه يتم بالموت ولا يتوقف على قبول أحد ويلزم في التركة متى لم يتجاوز ثلثها أو تجاوز فأجاز الورثة ذلك. وإذا كان لمن يتصور منه القبول كأن يكون لأناس معينين فإنه لا يلزم ولا يتم عند الحنفية إلا بقبول الموصى لهم بعد الوفاة أو اليأس من ردهم بأن توفوا قبل أن يقبلوا أن يردوا، فإذا قبل الموصى له أو مات قبل أن يقبل أو يرد أصبح الموصى به ملكا له، وأما عند غير الحنفية فقد شرحناه فيما مضى فلا حاجة إلى إعادة ذكره.

وعلى الجملة فالتزام الموصى قبل وفاته، غير لازم فله الرجوع فيه والإصرار عليه باتفاق الأئمة. فإذا توفي لم يكن لورثته إبطاله إذا كان لا يتجاوز ثلث التركة، فإن تجاوز كان لهم إبطاله فيما جاوز الثلث فقط كما يكون لهم إمضاؤه فينفذ على أنه من جهة الموصى عند بعض العلماء ومن جهة الورثة عند آخرين، وإذا لم يكن للموصى ورثة فإن الوصية تنفذ في جميع التركة عند الحنفية والزيدية والحنابلة على أصح الروايتين عندهم وذلك لما جاء في حديث سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - قال جاء النبي

(١) راجع البدائع.

ﷺ يعودني وأنا بمكة - وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها - قال يرحم الله ابن عفراء. قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله، قال لا، قلت: فالشطر، قال لا، قلت: الثلث، قال: الثلث والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم، رواه البخاري في كتاب الوصايا. فقد منع رسول الله ﷺ الوصية بأكثر من الثلث وعلل ذلك بوجود الورثة، وأن الخير في أن يتركهم أغنياء، وذلك يدل على أنه إذا لم يكن للموصي ورثة جاز له أن يوصي بأكثر من الثلث لزوال المانع. ولا تنفذ إلا في الثلث أيضا عند الشافعية والمالكية على أصح الروايتين عندهم مراعاة لبيت المال. ولا حجة عليهم بالحديث السابق لأنهم يعدون بيت المال من الورثة، فيأخذ التركة عندهم إذا استحقها بطريق الوراثة. بخلاف الحنفية فإنه يأخذها باعتبارها مالا ليس له مستحق، ولكن ظاهر الحديث يؤيد الفريق الأول فإن الورثة الذين لا ينبغي تركهم يتكففون الناس ليس منهم بيت المال إذ لا ينطبق عليه هذا الوصف. هذا إلى أن الأحاديث الأخرى قد أطلقت الوصية فإذا منعت لسبب فيما زاد عن الثلث اقتصر المنع على ذلك وبقي الجواز فيما عدا ما يتحقق فيه هذا السبب بدلالة الإطلاق.

ومن هذا يظهر أن وفاة الموصى تجعل الوصية لازمة على الوجه الذي بيناه، وليس من اللازم أن يكون الموصى به مالا عينا بل قد يكون فعلا من الأفعال التي تؤدى بالمال أو تتعلق به كالوصية بالوقف والوصية بالتصدق والوصية بإعطاء الوارث عينا معينة من التركة في ميراثه والوصية بأداء الدين من نوع خاص من التركة وهكذا. ومن ذلك تتبين أن الوصية تلزم بالوفاة ولا تبطل وإن كانت قبل الوفاة غير لازمة فشأنها ليس كشأن بقية العقود غير اللازمة التي يبطلها الموت كما قدمنا لأنها شرعت كذلك للحاجة فلا يتغير شرعها بناء على اطراد قاعدة.

المطلوبات المترتبة على الالتزام:

٤٤- وأما الالتزام فتارة يكون نتيجة لتعاقد ملزم كما في الإجارة والرهن والكفالة وما أشبه ذلك، وقد ذكرنا فيما تقدم حكم هذا النوع من الالتزام، وتارة

يصدر مستقلا لم يتضمنه عقد من العقود السابقة، وإنما صدر من الملتزم تبرعا منه في حال حياته، بمال أو بما هو في حكم المال، لشخص معين، أو لجهة من جهات البر، كأن يلتزم شخص بأن يدفع لصديق له مبلغا معينا من المال أو أن يعيره سيارته يوم كذا مثلا وحكمه أنه يجب على الملتزم الوفاء بما التزم به، قال ابن رشد: المعروف، على مذهب مالك وأصحابه، لازم لمن أوجبه على نفسه ما لم يمت أو يفلس، ويشترط في صحته أن يكون الملتزم من أهل التبرع، وألا يكون الملتزم به معصية، وأن يكون في ماله، وأن يكون الملتزم له أهلا لأن يتملك أو يتصدق عليه، وإذا صدر صحيحا فقد يكون مطلقا غير معلق على شيء وقد يكون معلقا، فإن كان مطلقا كأن يلتزم إنسان بأن يدفع لشخص معين مبلغا من المال، فقد ذهب المالكية إلى أنه يجب على الملتزم الوفاء بما التزم به، ويقضي عليه به إذا امتنع ما لم يفلس أو يمت، قال الحطاب في أحكام الالتزامات لا أعلم في القضاء به خلافا إلا على القول بأن الهبة لا تلزم بالقول، وهو خلاف المعروف من مذهب المالكية، بل هو أقوى من الهبة لدلالته على الإيجاب والإمضاء، فإن كان التزامه لغير معين كأن يلتزم للفقراء مثلا، فالمشهور عند المالكية أنه يؤمر بالوفاء ولكن لا يقضي به عليه أ هـ.

وعلى أية حال صدر فإن وفاة الملتزم تبطله كتفليسه حتى ولو قضى به كما في الهبة قبل حيازتها على ما هو ظاهر. ومن ذلك ما لو قارض إنسان آخر والتزم بأن تكون حصته في الربح لشخص ثالث، قال ابن عبد السلام يلزم بذلك ويقضي عليه به إذا امتنع إلا إذا جعلها للمساكين فإن المشهور حينئذ أنه لا يقضي به عليه في هذه الحال أيضا، ومثل ذلك ما إذا قال رجل لآخر لك نصف ما أربح في هذه السلعة فإن ذلك يلزمه وللملتزم له أن يطلبه ما لم يفلس الملتزم أو يمت، ولو التزم الموصي له بعدم الرجوع في وصيته ففي لزوم ذلك له خلاف بين متأخري الفقهاء كما لو التزم بألا يعزل وكيله.

وإن كان معلقا فتارة يكون معلقا على فعل الملتزم، وتارة يكون معلقا على فعل الملتزم له، وتارة يكون معلقا على شيء آخر خلاف فعلهما.

فإن كان معلقا على فعل الملتزم، وكان القصد من تعليقه كذلك أن يمنع الملتزم نفسه من مباشرة ما علق عليه التزامه، كان ضربا من اليمين، والمشهور من مذهب مالك أنه لا يقضي به عند الامتناع من التنفيذ إذا ما تحقق الشرط، سواء أكان الالتزام فيه لمعين أم لغير معين، ويسقط بموت الملتزم، مثاله أن يقول شخص لآخر إن كلمت فلانا فلك عشرون جنيها من مالي، يريد بذلك أن يمنع نفسه من أن يكلم فلانا، وأن يعاقب نفسه بدفع هذا المبلغ إلى المخاطب إذا ما أقدم على تكليمه. وإن كان القصد من تعليقه كذلك الرغبة في الفعل والتزام ذلك المال شكرا لله تعالى على أن وفقه إليه ونجزه على يديه، كان نوعا من النذر، ستعلم فيما بعد أنه وإن طلب منه الوفاء به دينا إلا أنه لا يقضي به عليه عند الامتناع أيضا، قال يحيى عن ابن وهب: سمعت مالكا يقول، وهو الذي أخذ به، أن الصدقة إذا كانت أصلها على الصلة وطلب البر والمكافأة وما أشبه ذلك من الوجوه المعروفة بين الناس في احتسابهم وحسن معاشرتهم، فإن صاحبها لا يرجع فيها، وإن خاصمه المتصدق عليه قضى له بها عليه، وأما الصدقة تكون في يمين الحالف، أو لفظ المنازع فهي باطلة لا يقضى بها على المتصدق. وعليه فإذا كانت الصدقة منجزة كما ذكر قضى بها عند الامتناع وإن كانت في يمين لم يقض بها لأن الغرض يكون حينئذ هو الحمل على شيء وعلى كلٍّ فهذا النوع يسقط بالموت أيضا.

وإذا كان معلقا على فعل الملتزم له فإن ذلك يكون على سبعة أقسام:

١- أن يكون الفعل المعلق عليه غير اختياري، كأن يقول شخص لزوجته إن ولدت غلاما فلك عشرون جنيها، وحكم هذا النوع من الالتزام كحكم الالتزام المطلق في لزومه والقضاء به عند الامتناع، والسقوط بموت الملتزم، إذا ما تحقق المعلق عليه فولدت الزوجة غلاما. وكذلك يسقط بتفليس الملتزم.

٢- أن يكون الفعل المعلق عليه واجبا على الملتزم له كإن صليت الظهر فلك كذا وإن حججت الفرض فلك كذا، وقد اختلف فيه المالكية فقال بعضهم لا يقضى فيه على الملتزم بشيء إذا نفذ الملتزم له الفعل المعلق عليه، لأن فعله واجب عليه، وقد جعل الملتزم به جزاء له، ولا جزاء على واجب، وجعله بعضهم من قبيل

العطية فإذا تحقق الفعل المعلق عليه أعطى حكم العطية وهي تلزم بالقول كما تقدم ويقضى بها عند الامتناع.

٣- أن يكون الفعل المعلق عليه محظورا وحكم هذا النوع عدم اللزوم مطلقا مثاله إن قتلت فلانا فلك كذا من المال[1].

٤- أن يكون الفعل المعلق عليه مباحا، ولكن لا منفعة فيه لأحد، كإن صعدت هذا الجبل فلك عشرة جنيهات وهذا من باب الجعالة الصحيحة على رأي من لا يشترط منفعة الجاعل من العمل المطلوب، أما على رأي من يشترط فيه المنفعة فيكون جعالة فاسدة غير ملزمة.

٥- أن يكون الفعل مباحا وفيه منفعة للملتزم، وهذا النوع من قبيل المعاوضة في الحقيقة، ولذا لا يبطل بالموت ولا بالتفليس على الجملة، ويأخذ حكم العقد الذي يلحق به من إجارة أو غيرها.

هذا ويتصل بهذا النوع من الالتزام، التطوع بالثنيا في البيع، ومعنى الثنيا في اللغة الاستثناء ويراد بها هنا في اصطلاح فقهاء المالكية رد المبيع عند رد الثمن، وإذا اشترط حق الثنيا في عقد البيع فسد العقد بينهم، ويسمى عندئذ ببيع الثنيا

(١) ومن ذلك مسألة حدثت في هذه الأيام هي أن شخصا اتفق مع شركة من شركات التأمين على الحياة، أن يدفع لها مبلغا معينا من المال مقسطا على سنوات معدودة معلومة كل سنة كذا منه، على أنه إذا وفى بذلك فقام المبلغ جميعه في زمنه المحدد، كان له هذا المبلغ مضافا إليه ربحه في هذه المدة بسعر ٣٪ منه، وإن توفي في أثناء المدة قبل أن يدفعه جميعه قامت الشركة بإعطاء مبلغ مساو له إلى زوجته، ثم كان أن توفي هذا الشخص في أثناء المدة بعد أن قام بدفع بعض المبلغ. فقامت الزوجة على الشركة مطالبة لها بأن تؤدى إليها المبلغ، فما الحكم في ذلك؟

والناظر في هذه الحادثة لا يتردد في أن الاتفاق الذي تم بين هذا الشخص والشركة معاملة ربوية محرمة لأنه لا يعدو أن يكون قرضا بفائدة وهو محرم أو مضاربة باطلة لتعيين مقدار الربح فيها بالنقود فتنقلب بذلك إلى قرض محرم، وعلى ذلك فيكون هذا التعامل محظورا شرعا وقد التزمت الشركة في حال وفاة هذا الشخص على أن تدفع مبلغا مساويا لما تم الاتفاق عليه بينهما إلى زوجته وعلقت ذلك على وفاته بهذا الاتفاق المحظور الذي تم بينهما وإذن فهو التزام معلق على محظور غير أنه بالنسبة إلى ما سبق أن دفعه هذا الشخص من المبلغ التزام في مال الغير وهو ورثة المتوفى إذ قد ورثوه فيكون باطلا وبالنسبة إلى بقية المبلغ التزام في أموال الشركة معلق على محظور فيكون كذلك باطلا، وإذن تكون النتيجة أن تلزم الشركة بدفع ما قبضته من المتوفى إلى ورثته ومنهم الزوجة ولا تلزم بشيء بعد ذلك.

وصورته أن يقول البائع للمشتري أبيعك هذا الشيء على أني إن أتيتك بالثمن في ظرف كذا من الزمن - أو يطلق فلا يقيد بزمن - رددت المبيع إلى وارتفع العقد، وهذا غير جائز عندهم لأنه بيع تضمن سلفا، أو لأنه عبارة عن صفقتين في صفقة، وحكمه وجوب فسخه ما لم يفت المبيع، فتجب القيمة حينئذ على المشتري يوم تسلمه، ولكن إذا تم البيع بلا شرط ثم تطوع المشتري فألزم نفسه بأن يرد إلى البائع المبيع إذا ما جاءه بالثمن، سواء عين لذلك وقتا أو أطلق، فإنه يلزم بذلك متى جاءه المشتري بالثمن في خلال المدة المعينة أو عند انقضائها، أو في وقت يقضي العرف بأنه قريب من نهايتها، ولا يجوز للمشتري عند تطوعه بذلك أن يفوت المبيع في خلال الأجل الذي حدده ببيع أو هبة أو نحوهما، فإن فعل نقض فعله إن أراد البائع فجاء بالثمن في الوقت المحدد ورد إليه المبيع، وإن لم يأت بالثمن الأعلى بعد من انقضاء المدة فلا سبيل له إلى المبيع.

وإن لم يضربا لذلك أجلا فللبائع أخذ المبيع من المشتري متى جاءه بالثمن في أي وقت ما دام المبيع في يده لم يفوته، فإن فوته قبل إحضار الثمن فلا سبيل له عليه، فإن قام عليه حين أراد تفويته وكان الثمن حاضرا معه فله منعه بالسلطان إن أبى، فإن باعه المشتري بعد أن منعه السلطان من تفويته رد المبيع وأعطى المبيع إلى المشتري، وإلا نفذ.

وهذا الحق الثابت للبائع بالتزام المشتري يرثه ورثة البائع بوفاته، فيقوم ورثته مقامه في دفع الثمن واسترداد المبيع، واختلف فيما إذا مات المشتري هل يلزم بالتزامه ورثته فإذا رد إليهم الثمن وجب عليهم رد المبيع؟ ذهب إلى إلزامهم بما التزم به مورثهم أبو إبراهيم من المالكية، وذهب أبو الفضل راشد إلى أنهم لا يلزمون به، إذ لا إلزام بغير التزام، واختاره أبو الحسن مستندا إلى ما ذكروه فيمن باع سلعة إلى أجل على أن يبقى الدين إلى أجله وإن مات المدين، فمات المدين قبل حلول الأجل ثم مات بعد ذلك الدائن أيضا عن ورثة، إذ قالوا لا يلزم ورثته بما التزم به مورثهم من عدم حلول الدين بموت المدين بل يحل في الحال، لأنه لا إلزام بغير التزام والمسألتان متماثلتان فلا تختلفان في الحكم.

٦- أن يكون الفعل المعلق عليه مباحا وفيه منفعة للملتزم له، كأن يقول شخص

لآخر إن تزوجت فلك كذا من المال وإن بنيت بيتك أعطيتك مائة جنيه، وحكم هذا النوع من الالتزام أنه لازم ويقضى به عند الامتناع عن الوفاء متى تحقق المعلق عليه، إلا أنهم قد لاحظوا في هذا النوع أنه في معنى العوض عن المنفعة، ذلك لأن الملتزم بالتزامه المال جزاء لها اعتدها منفعة لنفسه أيضا فأعطى هذا المال الملتزم به عوضا عنها، ولذا لم يشترطوا فيه الحيازة، ومن ذلك ما لو قال لزوجته النصرانية إن أسلمت فلك داري هذه، فأسلمت فإن الدار تكون لها، ومن قال لابنه إن حصلت على شهادة كذا فلك داري بشارع كذا، فإذا حصل على الشهادة كانت الدار له، فإذا توفي أبوه بعد أن حصل عليها كانت الدار له أيضا فإن كانت التركة مدينة قال إنه يحاص الغرماء بقيمتها، وقال ابن القاسم هي له دون الغرماء، لأنه قد ملكها، وهذا بخلاف ما إذا التزم له بمبلغ معين من المال كمائة جنيه فإنه يحاص بها الغرماء اتفاقا لأنها ليست شيئا بعينه يملك، ولما في هذا النوع من معنى المعاوضة قالوا إنه لا يسقط بموت الملتزم كما هو ظاهر فروعهم.

٧- أن يكون الفعل المعلق عليه مباحا وفيه منفعة لغير الملتزم والملتزم له، كأن يقول شخص لآخر إن وهبت بيتك لفلان فلك كذا من المال أو إن أجرته قصرك بكذا في السنة فلك عندي كذا وحكمه حكم النوع الخامس وقد تقدم أي أنه من قبيل المعاوضة ويعطى حكم ما ألحق به.

وأما إذا كان الالتزام معلقا على فعل ليس للمتلزم ولا للملتزم له، فحكمه حكم الالتزام المطلق، فإذا تحقق المعلق عليه لزم الملتزم الوفاء به ويقضي به عليه إذا امتنع إذا كان الملتزم له معينا، فإن لم يكن معينا فلا يقضى به، ويسقط هذا الالتزام بموت الملتزم، وذلك مثل أن يقول شخص لآخر إذا جاء شهر رمضان من هذه السنة فلك عندي كذا فإنه يلزمه إذا جاء الوقت وهو صحيح غير مفلس، ومن ذلك ما إذا قال لزوجته لك عندي خمسون جنيها إذ مضت عشر سنين وأنت حية فإذا مت قبل ذلك فلا شيء لك وهي لولدك مني فلان، قال ابن القاسم هو على ما قال، إن بقيت المرأة حتى مضت المدة أخذتها إن كان الزوج صحيحا، وإن ماتت قبل ذلك

فلا شيء لها ولا لورثتها، وهي للولد إذا مضت العشر السنين وهو حي، فإن مضت عشر السنين وهي باقية وقد مات الزوج فلا شيء لها في ثلث ولا رأس مال لسقوط الالتزام بالموت.

هذا ومما يجب ملاحظته أن صحة الالتزام مشروطة بألا تتعارض مع الأصول الشرعية العامة، وعلى ذلك فمن قال لآخر إن لم أوفك دينك غدا فلك عليَّ عشرة جنيهات أخرى، لم يكن التزامه هذا صحيحا بل باطلا لأنه صريح الربا، سواء أكان من جنس الدين أم من غير جنسه، ومثل ذلك ما إذا قال آخر لخصمه إن لم أحضر مجلس القضاء غدا فما تدعيه على صحيح، فإن ذلك باطل لا يلزمه، قال الحطاب ولا أعلم فيه خلافا إذ لا علاقة بين عدم حضوره وصحة الدعوى، بخلاف ما إذا قال له إن لم أحضر مجلس القضاء غدا فعلى نفقة حضورك إليه، فإن هذا إلزام صحيح لظهور العلاقة بين الالتزام وما علق عليه. وكذلك يجب أن يلاحظ أن الالتزام إذا كان يسقط بالموت فإنه إنما يسقط بموت الملتزم لأنه حينئذ يكون من قبيل المعروف المتفضل به فلا يستقر به للملتزم له حق، ولذا لا يتعلق بماله ولا يلزم به ورثته فيه، بخلاف ما إذا تضمن معنى المعاوضة فإنه لا يسقط عندئذ بموت الملتزم بالإجارة واستقرار حق الملتزم له حينئذ فيلزم به ورثته في تركته كما هو واضح مما سبق بيانه.

أما موت الملتزم فلا تأثر له فيه بل يقوم وارثه بمطالبة الملتزم بما التزم به لمورثهم كما هو ظاهر فروعهم.

هذه خلاصة ما ذكره الحطاب في رسالته المسماة بتحرير الكلام في مسائل الالتزام وكل ما ذكرناه من أحكام فهو للمالكية، أما الحنفية والشافعية والحنابلة على أصح الروايتين عندهم فيذهبون إلى أن الالتزام إذا لم يكن نتيجة لعقد ملزم كان من قبيل التبرع والتبرع لا يلزم به صاحبه عندهم ولا يجبر عليه قضاء في حال حياته ولا يؤخذ من تركته شيء لأجله بعد وفاته.

٤٥- وأما العدة أو الوعد بالمال فنريد به ما يفرضه الإنسان على نفسه من المال لغيره حال حياته على سبيل التبرع في غير تعاقد، بعبارة لا تفيد الالتزام، سواء أفادت القيام به في مستقبل الزمن كأن يقول إنسان لآخر سأعطيك عشرين جنيها، أم أفادت التنجيز كـأعطيك مبلغ كذا، إذ النتيجة واحدة وهي حصول التعهد بأداء ما وعد به إما حالا أو استقبالا، ويرجع إلى العرف والقرائن في أن العبارة تفيد الالتزام فتكون من قبيل الالتزام أو لا تفيده فتكون عدة فقط، وفي حكم الوعد بالمال الوعد بعمل يؤدى بالمال أو يؤدي إلى تملك مال، كالوعد بالبيع والإجارة والإعارة والبناء وما أشبه ذلك من الأعمال المتقومة مما ليس بمعصية بل في حدود الجائز عمله.

وهذا التعهد يجب الوفاء به خلقا ودينا لقوله تعالى: ﴿ ... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا (٣٤) ﴾ [الإسراء]. ولقوله ﷺ: «آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب، وإذا اؤتمن خان، وإذا وعد أخلف»[1]. فجعل ﷺ خلاف الوعد من آيات النفاق، ولأن الله مدح الموفين بالعهد فقال: ﴿ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا ... (١٧٧) ﴾ [البقرة]. ولكنه لا يقضى به فلا يحكم على من وعد بإنجاز وعده ثم ينفذ عليه قهرا، وهذا مذهب الجمهور، قال ابن حزم ومن وعد آخر بأن يعطيه مالا معينا أو غير معين، أو بأن يعينه في عمل من الأعمال، وحلف له على ذلك أو لم يحلف لم يلزمه الوفاء به، ويكره منه الإخلاف، والأفضل له أن يفي، سواء في ذلك ما إذا أدخله بسبب وعده هذا في نفقة وكلفة أم لم يدخله، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وأحمد في رواية عنه وأبي سليمان.

وقال ابن شبرمة الوعد كله لازم ويقضى به على الواعد ويجبر على تنفيذه، وهي رواية عن أحمد ذكرها ابن تيمية في كتابه الاختيارات العلمية وهو قول عند المالكية.

وحجتهم في هذا قوله تعالى: ﴿ كَبُرَ مَقْتًا عِندَ اللَّهِ أَن تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ (٣) ﴾ [الصف]. وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .. (١) ﴾ [المائدة]. وقوله تعالى: ﴿ ... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا (٣٤) ﴾ [الإسراء]. وقوله تعالى: ﴿ ... وَالْمُوفُونَ

---

(١) رواه البخاري في كتاب الوصايا.

بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا۟... ﴿١٧٧﴾ ﴾ [البقرة]. وقوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَلَا يَنقُضُونَ ٱلْمِيثَـٰقَ ﴿٢٠﴾ ﴾ [الرعد]. إلى غير ذلك من الآيات. وما رويناه فيما سبق عن أبي هريرة - رضي الله عنه - من رواية البخاري، وأحاديث كثيرة في هذا يطول ذكرها واستقصاؤها، وإنه يرى من كل هذا أن إيجابه جاء في صور مختلفة، وأساليب متغايرة، فتارة جاء في صورة الأمر به، وتارة جاء في صورة ذم تاركه، وتارة في صورة مدح من وفى به، ومجيئه على هذا النحو مؤكد لوجو به مقرر له، فوجب لذلك القضاء به والقسر عليه، واستدل جمهور العلماء بأن الواعد محسن متفضل بما وعد من خير، فلا يجبر على المضي فيه لقوله تعالى: ﴿ ... مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ... ﴿٩١﴾ ﴾ [التوبة]. وبأن ما ذكر من الآيات والأحاديث إنما يدل على لزومه من ناحية الدين لا من ناحية القضاء، فلا تنهض دليلا على أنه يقضي به ويجبر عليه، وكذلك ذكر ابن حزم في الاستدلال على ذلك: أن القول بإيجابه يستلزم الإلزام بالمعصية، وذلك لأن الوعد إما أن يقترن بالتعليق على مشيئة الله تعالى كأن يقول الشخص لآخر أعطيك كذا إن شاء الله تعالى أو لا يقترن بذلك، فإن اقترن بذلك لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقُولَنَّ لِشَا۟ىْءٍ إِنِّى فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُ ... ﴿٢٤﴾ ﴾ [الكهف]. فإذا ألزم به في هذا الحال ألزم بالمعصية وهو باطل، وكذلك ما ذكره أصحاب الرأي الآخر من الأدلة لا يصلح دليلا لهم لأنها جاءت عامة وعمومها غير مراد قطعا، إذ لا يجب الوفاء بالعمل الموعود به إذا كان محظورا، وإذا لم يكن مرادا بهذا العموم لم تصلح دليلا على ما ذهبوا إليه لجواز عدم إرادته أيضا.

وقد نوقشت هذه الأدلة أولا بأن قوله تعالى: ﴿ ...مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ...﴿٩١﴾ ﴾ [التوبة]. معناه إذا أحسنوا، والمخلف لوعده ليس محسنا، لأن الإخلاف آية النفاق، وإذن فعلى الواعد سبيل إذا أخلف. وثانيا بأن قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقُولَنَّ لِشَا۟ىْءٍ إِنِّى فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُ ... ﴿٢٤﴾ ﴾[الكهف]. إنما يدل على طلب قرن الوعد بالمشيئة، وإن تجريده منها مكروه من الشارع، ولكنه إذا صدر مجردا منها فهل يكون الوفاء به معصية؟ والقسر عليه قسرا على معصية؟ اللهم لا، لأن الوفاء به شيء آخر غير تجريده من المشيئة، فالوفاء به مأمور به، وتجريده من

المشيئة منهي عنه ولا تنافي بينهما. وثالثا بأن ما ذكروه من عدم عموم الأدلة السابقة لا ينفعهم، لأن ذلك إنما يقتضي أن يكون الوعد بمباح على الأقل، وهذا ما يقول به القائلون بالإلزام، ومن هذا نرى أن رأي هؤلاء أسلم دليلا إلا إذا ظفر الجمهور بدليل صريح في أنه لا يجبر على الوفاء بالوعد، ولكلٍ وجهته.

أما المالكية فقد ذكر ابن عرفة أن الوعد عندهم أمر مطلوب الوفاء به اتفاقا ولكنهم قد اختلفوا في لزومه والقضاء به عند الامتناع عنه على أربعة أقوال ذكرها ابن رشد، أحدها أنه يلزم الوفاء به ويقضى به مطلقا في جميع الأحوال ما لم يكن معصية وقد روي ذلك عن عمر بن عبد العزيز.

ثانيها أنه يقضى به إن كان على سبب، سواء أدخل الموعود به في ذلك السبب فلزمته بذلك نفقة أو نحوها بناء على هذا الوعد أم لم يدخل في شيء بسببه، وذلك كأن يعد شخص آخر بأن يدفع له مبلغا معينا من المال ليشتري به دارا معينة، أو كأن يقول شخص لآخر أريد أن أتزوج فأعني، أو أريد أن أحرث أرضًا فأعرني محراثك فيقول أعينك بكذا من المال أو أعيرك المحراث إذا أردت وما أشبه ذلك، فإنه في مثل هذه الأحوال يقضى على الواعد بالوفاء، سواء أشترى الدار الموعود أم لم يشتر، وسواء تزوج أم لم يتزوج، وسواء حرث أرضه أم لم يحرث، وإلى هذا ذهب أصبغ «ذكره في كتاب العدة» وهو أيضا قول مالك في رواية ابن القاسم عنه في العتبية.

ثالثها أنه لا يقضي بالوفاء به وإن كان الوعد على سبب إلا إذا دخل الموعود من أجله الوعد في ذلك السبب، كأن يعده بدفع مبلغ معين من المال إذا بنى داره المتخربة، فيشرع الموعود من أجل الوعد في عمارة الدار، فعند ذلك يقضي عليه المبلغ أما قبل الشروع في عمارتها فلا وهو قول ابن القاسم وسحنون.

رابعها أنه لا يقضى به في جميع الأحوال وهو رواية ابن نافع وأشهب عن مالك.

هذا والوعد من قبيل فعل المعروف، والمقرر عند المالكية أن المعروف يبطل بالموت نص على ذلك الحطاب في أحكام الالتزامات والرهوني في حاشيته وغيرهما وعلى ذلك فإذا توفي الواعد بطل وعده، ولا يرجع عليه بشيء في تركته بسبب ذلك وكذلك إذا أفلس.

المطلوبات المترتبة على النذر:

٤٦- وأما النذر فهو التزام قربة لله تعالى بصيغة تدل على ذلك، كنذرت لله كذا - من مال أو صوم أو صلاة أو حج - وكعليَّ لله تعالى كذا، أو هذا المال صدقة، أو ما أملك صدقة ونحو ذلك.

ويشترط الحنفية لصحته إذا كان بفعل أن يكون من جنس ذلك العمل واجب في الشرع، وإذا كان بمال أن يكون ذلك المال مملوكا للناذر وقت نذره، أو مضافا إلى سبب ملكه إن لم يكن مملوكا له، ولذا يصح النذر بالصوم والحج والصلاة والصدقة إذ من جنس ذلك كله يوجد واجب شرعا، وهو صوم رمضان وحج الفرض والصلاة المكتوبة والزكاة المفروضة، ولا يصح بعيادة المريض ولا بمس المصحف ولا ببناء الربط والمساجد ولا بتشييع الجنائز إذ ليس من جنس ذلك واجب شرعا، كما لا يصح النذر بمال مملوك لآخر إلا إذا أضافه إلى سبب ملكه كأن يقول إذا ورثته أو اشتريته أو ملكته فهو صدقة.

وحكم النذر عند الحنفية وجوب الوفاء به على الناذر متى استوفى شروط صحته لقوله تعالى: ﴿ ... وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ ... ﴿٢٩﴾ ﴾ [الحج]. ولكنه يسقط بموت الناذر فلا تمس تركته بسببه إلا أن يوصي به فيكون وصية ويأخذ حكمها في تأخيرها عن الديون ونفاذها من الثلث إلى آخر أحكام الوصية، ذلك لأن النذر عبادة، والعبادة يقصد بها الابتلاء بإتيان الفعل عن رضا واختيار، وذلك لا يتأتى بعد الوفاة، فيسقط لذلك كما تسقط كل عبادة.

ويشترط الشافعية لصحة النذر أن تشتمل صيغته على ما يفيد الالتزام، كلفظ نذرت أو التزمت أو ما يدل على هذا المعنى، فلو قال إذا شفى الله مريضي أعطى

المنذور به قربة وإن لم يكن من جنسه واجب شرعا، فلا يصح نذر المعصية ولا يجب نذر المباح، ويصح بعيادة المريض وعمارة المساجد وتشييع الجنائز وبناء الربط خلافا للحنفية.

ويشترطون أيضا أن يكون المنذور مملوكا للناذر وقت نذره إذا كان مالا فلا يصح النذر بمال الغير وإن أضافه إلى سبب ملكه.

والنذر عندهم نوعان نذر لجاج ونذر تبرر، فالأول ما فيه تعليق بمرغوب عنه كإن كلمت فلانا فعليَّ لله حج أو لزمتني عمرة، والثاني ما فيه تعليق بمرغوب فيه أو ما خلا عن التعليق كإن شفى الله مريضي فعليَّ لله أن أتصدق بكذا من المال، أو نذرت لله صلاة عشرين ركعة. وقد اختلف الشافعية فيما يجب على الناذر بنذر اللجاج على ثلاثة أقوال.

الأول: أن الواجب به كفارة اليمين لا غير وذلك لقوله ﷺ: «كفارة النذر كفارة اليمين» وقد انعقد الإجماع على أنه لا تجب كفارة في نذر التبرر، فوجب أن يكون المراد بالنذر في هذا الحديث نذر اللجاج، وإذن فالواجب به على الناذر كفارة اليمين.

الثاني: أنه يجب به ما التزم به من حج أو صوم أو قربة وذلك لقوله ﷺ: «من نذر وسمى فعليه ما سمى» أطلق الحديث فلم يفصل بين نذر ونذر فعم الحكم نوعي النذر فكان الواجب به ما سمي فيه.

الثالث: التخيير بين الأمرين الكفارة والوفاء بما نذر وهو أظهر الأقوال عندهم وبه يجمع بين الحديثين السابقين فوجوب الكفارة عند إرادة عدم الوفاء به ولا كفارة عند البر به ورجحه العراقيون من الشافعية.

أما حكم نذر التبرر فهو وجوب ما التزم به قولا واحدا متى تحقق الشرط المعلق عليه إن كان معلقا، وذلك لحديث: «من نذر أن يطيع الله فليطعه» ويلزمه ذلك فورًا إذا كان النذر بمال لمعين وطالب به، وإلا فيجب وجوبا موسعا مدى الحياة، كما

فورًا إذا كان النذر بمال لمعين وطالب به، وإلا فيجب وجوبا موسعا مدى الحياة، كما في قوله نذرت لله صوم شهر أو أن أحج حجة، قال ابن حجر في التحفة: ولو نذر التصدق بمال بعينه كعليّ لله أن أتصدق بهذا المال وأشار إليه، زال ملكه عنه بمجرد نذره، ولو نذر التصدق بمال عينه على رجل معين ملكه ذلك الشخص بمجرد النذر من غير حاجة إلى قبول منه، بل ولا يرتد النذر برده، وله أن يتصرف فيه حالا، وإذا نذر لمعين بمال غير معين كأن ينذر لشخص معين بأن يتصدق عليه بمائة قرش ما لم يرفض ينفذ النذر، ويصير ذلك الشخص دائنا للناذر بهذا المبلغ، ويكون لهذا الدين جميع أحكام الديون من انتقاله بموت صاحبه إلى ورثته وعدم سقوطه بموت المدين وأخذه من التركة إلى آخر أحكامها، وقد أفتى بعض الشافعية فيمن نذر لآخر أن يسكنه في داره مدة معلومة فيموت المنذور له قبل انتهاء المدة، أن ورثته لا تستحق السكنى بقية المدة لعدم شمول لفظ النذر لهم، ولكن إذا مات الناذر وحده قبل نهاية المدة لم يبطل حق المنذور له في بقيتها، وذكر بعضهم فيمن نذر أن يتصدق على فلان كل شهر بكذا ووقت لذلك مدة معينة كثلاث سنين، ثم مات المنذور له قبل انتهائها، أن المسألة محل خلاف بين الشافعية، قال بعضهم لا يستحق ورثته شيئا مما بقي كما تقدم في السكنى، وقال بعضهم يستحقون ما كان يستحقه مورثهم لو بقي حيا، لأنه حق ثبت لمورثهم فيثبت لهم، كوارث الموصى له يرث حق القبول إذا مات مورثه قبل أن يقبل أو يرد، بل هذا أولى لأن النذر ألزم من الوصية.

وقال الرملي: إذا نذر حجة وكان ذلك في صحته فتوفي قبل أدائها وجبت من رأس المال كسائر الديون، وكحجة الإسلام إذا مات قبل أدائها فإنها تجب من كل تركته أوصى بها أم لا، فإن وقع النذر بالحج في المرض وجب في ثلث تركته لأنه يعتبر حينئذ كالوصية.

والنتيجة أن الوفاة لا تبطل النذر عند الشافعية إذا كان بمال بل يجب في التركة كلها، غير أنه إذا كان بمال بعينه أخرج من التركة، لأنه لا يعد منها، فقد عرفت أنه يخرج عن ملك ناذره بمجرد نذره، وإن كان بمال مطلق معروف القدر كان دينا فيها،

فيخرج منها كغيره من الديون، وسيأتي بيان حكم سداده في مبحث مدى تعلق الحقوق بالتركة إن شاء الله تعالى، وإن كان بفعل فإن كان يؤدى بالمال كالحج لم يسقط أيضا بالوفاة، ووجب في التركة كلها إن كان النذر في الصحة، وإن كان في مرض الموت فإنه يجب في ثلثها، وإن كان لا يؤدى بالمال كالصلاة فإنه يسقط، لأن الصلاة لا تعلق لها بالأموال ولا تتأتى النيابة فيها حتى يستأجر من يؤديها.

وأحكام القواعد عند المالكية من حيث صحته وفساده ولزوم الوفاء به تكاد لا تختلف عن أحكامه عند الشافعية، غير أن المالكية يذهبون إلى أنه يبطل بوفاة الناذر فلا يقضي على الورثة بإخراجه من التركة بعد وفاة مورثهم، لأن القيام به عندهم من العبادات التي يشترط في صحتها النية، ولا يتأتى توافر النية بعد الوفاة، ومن هذا فقالوا أن الناذر لا يجبر أيضا بالقضاء على أن بقى بنذره حال حياته، ولو أجبر على ذلك فوفى لم يبر، لعدم النية المعتبرة منه حينئذ لوجود الإكراه، وبناء على ذلك فمذهبهم في هذا كمذهب الحنفية.

وذهب ابن رشد من المالكية إلى أن النذور تخرج من جميع تركة المتوفى الناذر بعد حقوق الآدمي إذا شهد الناذر في صحته بوجوب ذلك عليه وأوصى بأن يؤدى عنه بعد وفاته، خلافا للحنفية إذ يجعلونها عند الوصية بها في ثلث التركة بعد الديون، وقد اعترض بعض المالكية على ما ذهب إليه ابن رشد بأن الناذر نفسه لا يجبر على أداء نذره فكيف يجبر ورثته من بعده[1].

وأما الحنابلة فذهبوا إلى أن التذر إذا كان في حال الغضب فهو يمين، لأن الغرض منه حينئذ الحث على فعل شيء أو تركه، وإذا كان في حال الرضا وكان نذرا بشيء غير معين، أو نذرا بأمر مستحيل، أو نذرا بمعصية، لم يعتقد أصلا، وإن كان بمباح لم يجب الوفاء به، وإن كان بفعل واجب شرعا لم ينعقد لعدم إمكان إيجاب الواجب، وإن كان بطاعة غير واجبة لزم الوفاء به سواء أكان من جنسها واجب شرعا أم لا.

(١) راجع الحطاب جـ٥ ص٤٠٨.

المغني إذا كان النذر بمال تعلق بتركته وفي كشاف القناع ويخرج من تركة المتوفى قبل الوصايا قضاء الدين والحج والزكاة والنذر والكفارات أ هـ.

وقال أبو محمد علي بن حزم في كتابه المحلى: ومن مات وعليه نذر وجب أن يؤدى عنه من رأس ماله قبل ديون الناس كلها، فإن فضل شيء كان لديون الناس، وذلك لقوله ﷺ: «دين الله أحق أن يقضى» وفي البخاري أن سعيد بن عبادة استفتى رسول الله ﷺ أن يقضيه عنها فكان ذلك سنة بعده[1]. قال ابن حزم فإن كان قد نذر صلاة صلاها عنه وليه، أو صوما فكذلك، أو حجا أو عمرة أو اعتكافا فكذلك. فإن أبى الولي استؤجر من رأس ماله من يؤدى دين الله قبله، وإلى هذا ذهب أبو سليمان وأهل الظاهر أ هـ. وكأنهم يرون في هذه الحال أن العبادات تجرى فيها النيابة.

وأعدل هذه الأقوال عندي ما ذهب إليه الشافعية والمالكية فإنه الوسط وخير الأمور أوساطها، وإلى هنا انتهى ما أردنا بيانه فيما للموت من أثر في حقوق الإنسان والتزامات والله الموفق للصواب.

---

(١) راجع فتح الباري جـ٨ ص ٢٥٥.



مدى تعلق الحقوق بالتركة

معنى التركة:

إذا رجعت إلى بحثنا الذي كتبناه في تأثير الموت فيما للإنسان من حقوق وفيما عليه من التزامات، يتبين لك أن الإنسان حين ينزل به الموت، تكون له حقوق قد وجبت له قبل غيره، وتكون عليه واجبات مستحقة لغيره. كما يتبين منه أيضا ما لوفاته من الأثر في ذلك جميعه، وأن منه ما ينتهي بها فيزول، ومنه ما لا يتأثر بها فيبقى بعدها.

وإذن نستطيع الآن أن نقول، إن ما يبقى بعد الوفاة من ذلك نوعان: **أحدهما:** بقية ما كان له من حقوق، وهذا ما يمكن أن تتكون منه تركته، **وثانيهما:** بقية ما كان واجبا عليه، وهذا ما يطلب إخراجه من تركته. وجملة كل من هذين النوعين ليست محل اتفاق بين العلماء، بل تكبر وتتضاءل تبعا لما ارتأوه للموت من تأثير فيما للإنسان من حقوق وفيما عليه من واجبات، إبطالا وإبقاء، حسب البيان الذي ذكرناه في ذلك البحث، وعلى أية حال كان رأيهم، فأول هذين النوعين محل لسداد ثانيهما والوفاء به.

ولقد يعلم مما فَصَّلناه في ذلك البحث، أن ما يبقى بعد الوفاة من الحقوق ينقسم قسمين: **أحدهما:** ما يعد مالا أو ينتهي أمره إلى أن يكون مالا، وذلك ما يملكه الإنسان من عقار ومنقول وديون وحقوق مالية كحق التعلي وحق الشرب وما أشبه ذلك مما سيأتي بيانه، وهذا ما يصلح للوفاء والسداد منه، ثم ما يبقى منه بعد ذلك تنفذ فيه الوصايا، إن كان المتوفى قد أوجب في تركته وصية، فإن بقي شيء بعد ذلك كان لورثته.

وثانيهما: ما لا يعد مالا ولا ينقلب إليه، كحق حبس الرهن وحق الشفعة عند من يرى انتقاله إلى الوارث وحقوق الخيار كذلك وحقوق الاختصاص عند من يقول بها كالمالكية والشافعية «وذلك مثل اختصاص الإنسان بما ينتفع به من

الأعيان النجسة كالرجيع وما أشبهه ينتفع به في تسميد الأرض للزراعة، والزيوت والشحوم النجسة ينتفع بها في الإحراق والإضاءة» فهذه الحقوق وما يشبهها لا تعد مالا، ولا تنقلب مالا بالاعتياض عنها إذا كانت غير مدعى بها، ولذا لا تصلح للوفاء والسداد، فلا يوفى منها ما على المتوفى من حقوق، وإنما تثبت للوارث عند من يرى ذلك بطريق الوراثة والخلافة، لقوله ﷺ: «من ترك حقا أو مالا فلورثته». وأما إذا ادعى بها، فاعتاض عنها المدعي بمال، فإن هذا المال يعتبر عوضا عن الدعوى لا عنها، والدعوى حق خالص للوارث إذا ما أقامها، فيخلص له بدلها ولا يعد من التركة.

وقد خالف المالكية في عدم جواز الاعتياض عن حق الشفعة فأجازوا للوارث أن يعتاض عنه، ولكنهم مع ذلك لم يجعلوا البدل في هذه الحال تركة تقضى منه ديون الميت وتنفذ فيه وصاياه كما سيأتي. وإذن فهذا القسم لا يمكن أن تتكون منه تركة المتوفى، لأنه إنما يراد بالتركة ما يصلح وفاء لما على المتوفى من حقوق.

ومن هذا البيان يظهر لنا أن تركة المتوفى لا تتكون إلا مما يأتي:

أ- المال بأنواعه، كالدور والأراضي والنقود وجميع أصناف المنقول من عروض وحيوان وملابس وأثاث وطعام وغيرها، سواء أكانت في يد المتوفى عند وفاته أم عند مودعه أو مستأجرها منه أو مستعيرها أو لدى مغتصبها إن كانت مغتصبة. وعلى الجملة جميع ما كان يملكه المتوفى عند وفاته من عقار أو منقول. ويدخل في هذا المنافع المملوكة عند من يعدها مالا كالمالكية والشافعية كما يدخل فيه أيضا الديات، خلافا لداود الظاهري فإنه يجعلها ملكا خالصا للوارث، ولا يراها من تركة المتوفى كما بينا ذلك في بحثنا الذي أشرنا إليه.

ب- ما ينتهي أمره إلى أن يكون مالا، كحق الغزاة في الغنيمة، وحق الموقوف عليه في غلة الأعيان الموقوفة إذا ظهرت ولما يبد صلاحها، والدين في ذمة المدين سواء أكان نتيجة تعاقد أم نتيجة اعتداء يستوجب الضمان كالاعتداء على المال، أو على أطراف الإنسان ويسمى المال الواجب في هذه الحال أرشا.

ج- ما يصح الاعتياض عنه بالمال من الحقوق إذا كان هذا العوض عوضا خالصا ليس نتيجة عمل أو طلب اكتساب، فإن البدل حينئذ يعتبر تركة للمتوفى، فتقضي

منه ديونه وتنفذ وصايا، وذلك كحق التعلي وحق الشرب وحق المرور وحق المسيل وحق القصاص إذا اعتيض عنه عند الحنفية والحنابلة وكذا عند الشافعية على أشهر القولين لهم، وكحق الانتفاع بالأرض الخراجية عند الحنابلة. وإن أردت المزيد فارجع إلى بحثنا الذي أشرنا إليه، أما إذا كان العوض نتيجة عمل أو طلب اكتساب كالعوض عن حق الشفعة عند المالكية فلا يعد من التركة، وإنما يكون ملكا خالصا للوارث كما سيأتي بيانه.

من هذه الأنواع الثلاثة تتكون تركة المتوفى فتقضى منها ديونه أولا، ثم يكون الباقي لورثته بعد أن تنفذ فيه وصاياه إن كان قد أوجب في تركته وصية نافذة.

أما طريقة الوفاء من أعيانها وأنواعها فنجملها فيما يأتي: يبدأ بإحضار ما يحتاج إليه من أعيانها إن كان غائبا، أو يأخذه من صاحب اليد عليه إن كان في يد أمين سلط عليه أو مغتصب قد اغتصبه، أو باقتضائه واستيفائه إن كان دينا، أو بانتظار بدو صلاحه وإزهائه إن كان ثمرة لما يبد صلاحها وهكذا، حتى إذا تم ذلك فحضر وجب دفعه في الدين أو في الوصية إن كان من جنس الدين أو الوصية.

وأما إذا كان من غير جنسها فإن طريقة الوفاء منه تختلف باختلاف نوعه. فإن كان من الأعيان كان السبيل إلى ذلك بيعها ودفع ثمنها في الدين أو الوصية. وقد اختلف علماء الشريعة الإسلامية في جواز العدول عن بيعها إلى إجارتها والتسديد من الأجرة المستحقة، فأفتى بعض الشافعية بعدم الجواز، وعلل ذلك بأن في اتباع هذه الطريقة إضرارا بالمتوفى بإبقاء رهن نفسه بالدين إلى وقت سداده من الأجرة بعد استحقاقها، فقد قال ﷺ: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه[1]» ورأى بعضهم جواز ذلك[2]. وخاصة إذا أجرت الأعيان بأجرة معجلة دفعت في الحال إلى المدين، وسيتضح هذا وتفصل الآراء فيه عند بيان حكم زوائد التركة.

وإن كان من المنافع كان السبيل إلى ذلك المعاوضة عنها بطريق الإجارة ودفع الأجرة الواجبة في الدين أو الوصية، وقد ذكرنا ذلك وتفصيل الأقوال فيه في بحثنا

---

(١) الأم جـ٣ ص ١٨٨.

(٢) راجع حاشية الشبراملسي على النهاية جـ٤ ص ٢٩٧.

الذي أشرنا إليه عند كلامنا على تأثير الوفاة فيما يملكه المتوفى من المنافع فارجع إليه إن شئت.

وإن كان من الحقوق كان السبيل إلى ذلك الاستعاضة عنها بالمال، ثم دفعه بعد ذلك في الدين، غير أني أرى أن أزيد هذا الموضوع بيانا لحاجته إلى ذلك بسبب اختلاف الحقوق واختلاف الآراء فيها.

فإذا كان الحق مما يجوز الاستعاضة عنه استقلالا فإن أمره ظاهر، إذ يكون شأنه شأن جميع الأعيان المالية يباع ثم يدفع ثمنه في الدين، وأما إذا كان مما لا يجوز أن يستعاض عنه استقلالا فإن الحكم فيه يختلف بعض الاختلاف، وذلك بحسب نوع الحق.

حق التعلي:

فإذا كان المتروك علوا له حق التعلي على سفل مملوك لغير المتوفى، جاز بيع ذلك العلو لأنه عين مالية ويتبعه حينئذ حق التعلي، وذلك يكون في دار للمتوفى طبقتها العليا فقط، فإن زال هذا العلو قبل الوفاة أو بعدها قبل التصرف فيه ولم يبق إلا حق التعلي، وأريد التصرف فيه بالبيع استقلالا، كان ذلك محل خلاف بين العلماء، أجازه المالكية والحنابلة، فيباع هذا الحق عندهم استقلالا ثم يؤدى من ثمنه الدين مثلا، ومنعه آخرون كالحنفية، وعلى ذلك لا يمكن بيعه عندهم إلا بعد أن يبنى العلو ثم يباع البناء مع حق التعلي، وعندئذ يبدأ بدفع نفقات البناء، ثم يدفع الباقي في سداد ما على المتوفى.

حقوق الارتفاق:

وإذا كان المتروك حق ارتفاق كحق الشرب وحق المرور وحق المسيل، فالحكم أن تباع هذه الحقوق تبعا للعقار الثابتة له إن تركها المتوفى مع عقارها. فإن تركها مستقلة غير تابعة لعقار بأن كان قد باع عقارها وحده دونها في حياته، فلا إشكال كذلك عند من يرى جواز بيعها مستقلة، وقد نقل هذا الرأي عن كثير من العلماء

في حقوق الشرب والمرور، فتباع حينئذ استقلالا ويقضى الدين من الثمن. وأما على رأي من يذهب إلى عدم صحة بيعها استقلالا، وهو الرأي المتفق عليه عند الحنفية بالنسبة لبيع حق المسيل، فلا يمكن التصرف فيها إلا بأن تضم إلى عقار ولو غير مملوك للمتوفى فتباع معه تبعا، وذلك بأن ينظر إلى أرض يراد بيعها وليس لها هذه الحقوق فتباع معها بأن ينص عليها في العقد، وذلك بعد الاتفاق مع مالكها، ثم ينظر بعد ذلك إلى قيمة كل منهما منفردا فيقسم الثمن بينهما على حسب النسبة بين قيمتيهما، فما خص الحق يكون للمتوفى وتقضى منه ديونه، وما خص الأرض كان لمالكها. فإذا افترضنا أن الأرض قد بيعت مع الحق بمائتي جنيه وألف وكانت قيمة الأرض وحدها ثمانمائة جنيه وقيمة الحق وحده مائتي جنيه فإن الثمن يقسم خمسة أقسام، أربعة منها لصاحب الأرض ومقدارها ٩٦٠ جنيهًا وقسم للمتوفى ومقداره ٢٤٠ جنيهًا.

وإذا لم يتيسر إلحاق هذه الحقوق بأرض يراد بيعها اشترى للتركة إن أمكن أرض تلحق بها هذه الحقوق، فتباع تلك الأرض معها، ثم يسدد ثمن الأرض من مجموع ثمنها مع الحقوق، وما بقي يكون تركة. كما يمكن في حق الشرب أن يجمع الماء مدة نوباته في أحواض مثلا، ثم يباع بعد إحرازه فيها فيدفع ثمنه في الدين. وهكذا يتخير من الطرق الجائزة ما يرى أنه موصل إلى الاستعاضة عنها بمال يدفع في سداد ما على المتوفى من حقوق[1].

حق القصاص:

أما إذا كان حق قصاص فإن الحنفية والحنابلة يرون للورثة أن يتصالحوا - إذا أرادوا - مع القاتل على التنازل عنه نظير مبلغ من المال، فإذا فعلوا ذلك كان بدل الصلح تركة يسدد منه ما على المتوفى من دين وتنفذ منه وصاياه، وما بقي بعد ذلك يكون لهم، قال الكمال بن الهمام في تحريره: إن القصاص إذا انقلب مالا بالصلح على مقدار معين من المال، أو بسبب العفو من بعض الورثة - إذ يثبت للباقي منهم بسببه،

(١) راجع الزيلعي.

مقدار ما يخصهم من الدية على حسب الميراث - فإنه يأخذ حكم الدية، ويصير كأنه الواجب بالقتل أصالة لا خلفا عن القصاص، وحينئذ يعتبر تركة للمتوفى، فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه، وما يبقى يكون لورثته لا خلاف في ذلك(١).

ويظهر لي أن هذا المال إذا كان نتيجة لعفو بعض الورثة، وثبوت حصة من الدية بناء على ذلك لبعضهم الآخر، فلا يكون لمن عفى حق فيه بعد ذلك، وإنما يختص به من لم يعف، بعد أن يسدد منه ديون المتوفى(٢) لأن حق من عفا قد سقط بعفوه، وذلك المال إنما وجب حقا لمن لم يعف، وإنما وجب فيه ما على المتوفى من دين لأنه لا حق لوارث إلا بعد سداد الدين.

واعتبار بدل القصاص تركة عند الحنفية إنما يظهر وجهه عند الصاحبين، لأنهما يقولان بثبوت حق القصاص والعفو عنه للوارث بطريق الوراثة عن المورث، فيكون بدله وهو المال في حكمه، ويعتبر ثابتا لهم بطريق الوراثة. أما على مذهب الإمام - رحمه الله - فلا يظهر لي، لأنه يرى أن حق القصاص والعفو عنه يثبت للوارث ابتداء لا وراثة عن مورثه، وإذن يجب أن يكون بدله كذلك، فيكون حقا خالصا للورثة لا تركة، وكان مقتضى مذهبه ألا تنفذ فيه الوصايا ولا تقضى منه الديون، فعسى أن يكون للإمام رأيان، رأي يتفق فيه مع الصاحبين وعليه تفرع هذا الحكم، ورأي يخالفهما فيه.

أما الشافعية فقد ذكر الشبراملسي في حاشيته على نهاية المحتاج أنهم مختلفون، فمن ذهب منهم إلى أن القصاص يثبت للوارث وراثة عن المورث، ذهب إلى أن بدله يكون تركة للمتوفى، ومن ذهب منهم إلى أنه يثبت للوارث ابتداء لا وراثة، كالفقيه الزيادي، رأى أن يكون بدله ملكا خالصا للورثة، فلا تقضى منه ديون المتوفى ولا تنفذ فيه وصاياه.

---

(١) راجع بحثنا فيما للموت من أثر في الحقوق.
(٢) راجع الدر المختار ورد المحتار في باب الشهادة على القصاص والتحرير في عوارض الأهلية.

هذا. وإذا لاحظنا أن الواجب عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - إنما هو القود أصالة، وإن المال إنما هو خلف عنه، تبين لنا الوجه في أن وارث المقتول عمدا لا يجبر على أن يعفو عن القاتل نظير مال، إذا ما قتل مورثه وهو مدين بديون تزيد عن تركته، حتى يمكن أن يسدد منه بقية ديونه، بل له الخيرة، إن شاء طلب القصاص، وإن شاء اختار العفو، وإذا اختار العفو كان له أن يعفو بالمجان، وأن يعفو نظير مال، وليس للدائن أن يجبره حينئذ على أن يعفو نظير عوض، لما علمت من أن الواجب ابتداء إنما هو القصاص. فإذا عفى على مال ثبت فيه الحق للدائن.

وكذلك الحكم عند الحنابلة على أصح القولين عندهم، لأن الواجب عندهم أيضًا ابتداء أحد الأمرين غير معين، القصاص أو المال، والقصاص ليس بمال. وإذن فالمال لم يتعين حتى يتعلق به حق الدائنين، فلا يضيع عليهم بالعفو مجانًا أو بطلب القصاص مال تعلق به حقهم، وذهب بعضهم إلى أن الوارث إذا اختار العفو وجب عليه أن يعفو نظير مال، لأنه باختياره العفو سقط القصاص وتعين المال، فلا يجوز أن يضر الدائنين بالعفو بالمجان، وفي العفو على مال مصلحة لهم ومصلحة للمتوفى بفكاك نفسه، لقوله ﷺ: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي عنه»[1].

حق الانتفاع بالأراضي الخراجية:

وهي الأرض يأخذها المسلمون عنوة بالقهر والغلبة فلا يوزعونها بين الفاتحين وإنما تستبقى في يد أهلها أو تدفع لمن يرى أنه أقدر على استثمارها نظير خراج يؤديه عنها.

وإنما يظهر هذا الحق عند من يراها غير مملوكة لمن أبقيت في يده أو أعطيت له لأجل الانتفاع بها وهم الحنابلة، وبناء على ذلك فإذا مات شخص عن هذا الحق كان لوارثه أن يدفعها لمن يرغب فيها نظير مال يأخذه منه فيثبت به لمؤديه حق الانتفاع بها دائما، وعندئذ يكون هذا المال المدفوع نظير هذا الحق، تركة للمتوفى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه وما بقي يكون لورثته[2].

(١) راجع كشاف القناع جـ٣ ص ٣٧٠.
(٢) راجع كشاف القناع.

وعلى هذا المثال الذي شرحنا تكون الحقوق محلا لوفاء ما على المتوفى من ديون إذا كانت مما ينتهي إلى أن ينقلب مالا بالاستعاضة عنه، وأمكن أن يعتبر ذلك المال جزءًا من تركة المتوفى، أما إذا لم تكن كذلك بأن كانت حقوقًا مجردة لا تتعلق بأعيان مالية وإنما ترجع إلى إرادة صاحبها ومشيئته، فإنها لا تعد من التركة، بل وإذا قبلت أن يستعاض عنها بالمال، لم يعتبر ذلك المال كذلك جزءًا من التركة. وذلك كحقوق الخيار في فسخ العقد وكذلك حق الشفعة فإنه ينتقل إلى الوارث عند المالكية، ويصح له أن يصالح عنه على مال كما نص على ذلك الحطاب في خاتمة رسالته التي وضعها في الالتزامات، ولكن ما يؤخذ من المال عوضا عنه لا يعتبر تركة، بل يخلص للوارث على ما يظهر من عباراتهم في كتبهم، فقد جاء في الخرشي «إن المفلس لو مات عن شفعة فإنها تكون لورثته لا للغرماء» إذ ظاهر هذا القول أن بدلها يكون كذلك، وخاصة إذا لاحظنا أن الشفعة حق سببه الملك عندهم، وأنه لا ملك للغرماء في أعيان التركة بعد الموت، وليس لهم حينئذ إلا حق متعلق بالأعيان المتروكة التي تؤول ملكيتها إلى الوارث، وله فيها حق التملك جبرًا عن الغرماء بدفع ديونهم إليهم، أو بدفع قيمة هذه الأعيان كما سيأتي، وبناء على ذلك فلا يكون لهم حينئذ حق في الشفعة، بخلاف الورثة فإنه يثبت لهم هذا الحق خاصة، ويختصون كذلك ببدله إذا صالحوا عنه، باعتبار أنه حق ورثوه عن مورثهم ولا يتعلق به حقوق الغرماء، وقد يرى باحث أنهم قد صرحوا بأن حق الشفعة ينتقل إلى الوارث بطريق الوراثة، وإذا كان كذلك كان بدله في حكمه، وكان الظاهر أنه يتعلق به حق الغرماء كذلك، لأنه مال ملكوه من طريق الوراثة، فيكون حكمه حكم الأعيان يتركها المتوفى. ولكن يدفع هذا النظر أنه بدل حق لا تتعلق به حقوق الدائنين كما قدمنا، بدليل ما ذهبوا إليه من أن المفلس لا يجبر على طلب الشفعة إذا كان له في ذلك ربح مراعاة لحقوق دائنيه، بل إن شاء طلبها فانتفع الدائن، وإن شاء لم يطلب، فإنه ظاهر الدلالة على أنه لا يتعلق بهذا الحق حقوق الغرماء ولو كانت لهم فيه منفعة، وسبب ذلك أن الاستعاضة عنه كما ذكروا، تعتبر من قبيل الاكتساب وطلب المال بالعمل، لأنه طلب لملك جديد، والمدين لا يجبر على أن يكتسب ويعمل لكي يسدد دينه، ولذا كان لكل من المدين المفلس حال حياته، ووارثه بعد وفاته، عندما يكون له الحق في شفعة له من ورائها ربح، وتكون

أمواله مستغرقة بديونه، أن يسقط حقه في الشفعة بالمجان على الرغم من معارضة الدائنين في إسقاطها، وإذا كان الأمر كذلك لم يكن لهم حق في الشفعة ولا في بدلها، وكان معنى ثبوته للورثة بطريق الميراث أنه يثبت على حكم الميراث، فيكون بينهم على حسبه، وإذن لا يعد مالا ولا يعتبر بدله جزءا من التركة، ويؤيد ذلك المعنى أنه حق لا يباع بأي ثمن لشخص آخر إذا ما رغب المشتري عنه.

وفي حكم هذا ما يرتب لورثة الموظفين من المكافآت والمعاشات والتعويضات بعد وفاتهم، فإن هذه الحقوق لا تعتبر جزءًا من التركة، لأن المتوفى لم يستحقها حال حياته، وإنما تعطى لورثته على مثال ما تعطى المنح، وإن كانت لازمة بحكم القوانين الوضعية، فمثل هذه الأموال يتبع في توزيعها النظام الذي وضعه معطيها، ولا يسدد منها دين ولا تنفذ فيها وصية، وذلك بخلاف ما يستحقه المتوفى حال حياته من مكافأة أو مرتب أو أجر على عمل، فإن ذلك يعتبر مالا تركه المتوفى فيكون جزءا من تركته.

ومما ذكر يتبين لنا أن تركة المتوفى تتكون من جميع ما يتركه من أموال وحقوق تقبل المعاوضة بالمال على الوجه الذي بيناه، سواء أتعلقت بها حقوق غيره أم لم تتعلق. وهذا اصطلاح جرى عليه بعض العلماء وإليه أميل وعليه أسير.

ومن العلماء من يُخرِج منها جميع الأعيان التي تعلقت بها حقوق الدائنين حال حياة المتوفى كالأعيان المرهونة وما أشبهها مما سيأتي بيانه في ترتيب إخراج الحقوق من التركة، وهي الأعيان المرهونة فيما يقابل الدين منها لا فيما زاد عنه، والمبيع المحبوس لدى البائع بالثمن حتى يقبض، والعين المستأجرة إذا عجلت أجرتها ومات مالكها قبل انتهاء مدة الإجارة بالنسبة لما بقى منها بباقي الأجرة لا بالنسبة لما زاد[1]. ولست أدري لهذا الاصطلاح أساسًا ما دامت تلك الأعيان تعتبر بعد الوفاة على حكم ملك المتوفى حتى يسدد ما تعلق بها من دين.

ومن العلماء كذلك من يجعل تركة المتوفى قاصرة على ما يستحق بطريق الخلافة عنه، وذلك هو ما يبقى من أمواله بعد سداد ديونه، وهو ما تنفذ فيه وصاياه وما

---

(١) راجع الزيلعي والهداية والتزامات الحطاب والخرشي.

ينتقل بعد ذلك إلى ورثته ملكا لهم، وأساس هذا الاصطلاح ظاهر لأنه مبني على أنه يراد بالتركة ما يتركه المتوفى لخلفائه وهم الموصى لهم وورثته، أما ما عدا ذلك فقد استنفذته حقوق وواجبات أخرى فصار كأن لم يترك، ومن هذا الاصطلاح نشأ قول بعض المشتغلين بالفقه لا تركة إلا بعد وفاء الدَّيْن[1].

الحقوق المتعلقة بالتركة:

وملكية الإنسان لما يملك تستمر باقية إلى وقت وفائه ما دام لم يطرأ عليها قبل الوفاة ما ينهيها كالوقف عند الحنفية - إذ يرى الصاحبان أنه مُنْهٍ للملك - أو ينقلها إلى شخص آخر كالبيع أو أي عقد من عقود نقل الملكية. فإذا توفي كان للوفاة أثرها الذي بيناه في بحثنا الذي كتبناه في تأثير الموت في الحقوق، وكانت تركته محلا لحقوق تتنازعها. وهذه الحقوق تنحصر في الأنواع الأربعة الآتية:

١- حقوق للمتوفى نفسه، وهو ما يجب له من المال لأجل تجهيزه ودفنه، وكذا ما يجب في هذه السبيل لمن يتوفى من أسرته قبل وفاته ممن تجب عليه نفقتهم كولده الفقير، فينفق من التركة في ذلك بالمعروف دون إسراف ولا تقتير.

٢- حقوق غيره التي كان مطالبا بها حال حياته وظلت باقية بعد وفاته لم يؤثر فيها الموت كما بينا في بحثنا المشار إليه وهي نوعان حقوق لله تعالى كالزكاة والحج والنذر وما أشبه ذلك مما سنذكره بعد. وحقوق للعباد، سواء منها ما تعلق ببعض أعيان التركة قبل الوفاة برهن أو غيره، وما لم يتعلق، وإن شئت قلت في هذا النوع - الديون التي وجبت على المتوفى في حال حياته سواء أكانت لله تعالى أم لعباده.

٣- ما أوجبه في تركته من الوصايا النافذة إن كان قد أوصى.

٤- حق ورثته في تملك ما يتركه.

وليس تعلق هذه الحقوق بالتركة على معنى واحد ولا في مرتبة واحدة، وليست كلمة الفقهاء في ذلك متفقة، وفي تفصيل ذلك، وبيان وجهة كل فريق منهم أقول:

---

(١) رد المحتار من كتاب الفرائض والبحر من الفرائض.

تعلق حقوق المتوفى بتركته:

يجب للمتوفى في تركته من المال ما يقوم بتجهيزه وتكفينه ودفنه بالمعروف. فيؤخذ ذلك من تركته جبرا عن ورثته، وأساس تعلق هذا الحق بتركته وتنفيذه فيها لا يعدو أن يكون أحد أمرين. إما وجوب ذلك على ورثته فيما يملكون من مال بعد شغل ذممهم به، وإما بقاء ملك المتوفى فيما بقى بهذه النفقات من تركته، فيجب فيه كما تجب نفقة الحي في ماله. لا سبيل لنا إلى القول بالأول، لأن هذه النفقات لو وجبت على الورثة أنفسهم وشغلت بها ذممهم لكان ذلك لقرابتهم، ولوجبت حينئذ في جميع أموالهم لا فرق بين ما ورثوه عن المتوفى وما لم يرثوه، ولكن الفقهاء قد اتفقوا على أنها لا تجب إلا فيما يتركه المتوفى إذا كان قد ترك مالا، كما تقضي بذلك ظواهر النصوص. وإلى هذا قد يموت الشخص وليس له ورثة مطلقا فيترك ماله لبيت المال، ومع هذا تجب فيه هذه النفقات. وهذا يدل على أن تعلق هذا الحق بالتركة لا يرجع إلى وجوبه ابتداء على الورثة الأقرباء، وإنما يرجع إلى بقاء تملكه فيما بقى من تركته بها. وهذا هو مذهب الحنفية وما أخذ به أكثر الحنابلة وهو كذلك ما يقتضيه ظاهر كلام المالكية والشافعية وإن لم أجده صريحا في كتبهم التي وصلت يدي إليها. فقد جاء في كثير من كتب الحنفية وخاصة ما دون منها في أصول الفقه: إنه يبقى على حكم ملك المتوفى بعد وفاته من تركته قدر ما تندفع به حاجاته، وإن حاجاته تنحصر في نفقات تجهيزه وتكفينه حتى يوارى في التراب، وفيما تقضي منه جميع ديونه وتنفذ به وصاياه، ومقتضى ذلك أن هذا القدر من التركة لا تنتقل ملكيته بالموت إلى الورثة، وإن حاجة المتوفى إليه تحول دون ذلك، ويؤيد هذا ما جاء في القنية «الدين وإن قل يمنع ملك الورثة في التركة بقدره كالكفن» ولا شك أن جميع نفقات الدفن مثل ثمن الكفن في الحكم. كذلك جاء في كشاف القناع «كتاب للحنابلة» من باب الجنائز: «ولا ينتقل من مال الميت إلى الوارث إلا ما فضل عن حاجته الأصلية من كفن ومؤونة تجهيزه ودفنه وقضاء دينه ولو كان لله تعالى»، وهذا صريح فيما ذكرناه، وإطلاق عبارات المالكية والشافعية في كتبهم واتفاقهم على وجوب هذه النفقات اللازمة لدفنه في تركته ولو لم يرض الورثة يظهر منه أن ذلك رأيهم.

وإذن يكون معنى تعلق حقوق المتوفى بتركته وجوبها فيها، بمعنى أن هذا القدر منها – وهو ما يفي بحاجته هذه – يعتبر باقيا على حكم ملك المتوفى، وأن هذه حاجته فتجب في ملكه كما تجب نفقة الأحياء في ملكهم. ومن هذا يتبين أن هذا الحق ليس إلا استمرارا لما هو ثابت للإنسان من حق في ماله، فيستمر بعد وفاته بقدر حاجته إليه، وإنما يظهر ويتعلق فعلا عند ظهور هذه الحاجة، وفي موضوعنا تظهر بموته حاجته إلى تجهيزه وتكفينه وثوائه بقبره، فيتعلق حقه بتركته بقدر ذلك، وهذه هي إحدى المسائل المستثناة التي اعتبر فيها للميت ملك بعد وفاته وهو ليس أهلا لأن يملك، وقد ذكرنا في بحثنا الذي أشرنا إليه أن هذه المسألة من الأمور الاعتبارية التقديرية التي افترضت لتتسق الأحكام وتنضبط القواعد، وأن الاستثناء فيها لا يضير لأنه يتبع هذه الغاية أيضا.

هذا ولا ينبغي أن نغفل عما ذهب إليه الحنفية من جعلهم ما ينفق على تجهيز أقارب المتوفى الذين تجب عليه نفقتهم كأولاده من ضمن حقوق المتوفى نفسه، فإذا توفي ولو بلحظة أو زوجته كذلك ولو كانت غنية فإن نفقات تجهيزها ودفنها تجب في مال المتوفى كنفقات تجهيزه ودفنه، فيخرج ذلك من تركته لأنها حقوق تعلقت بها.

تعلق الديون بالتركة:

إذا لزم الدين شخصا بسبب من الأسباب حل في ذمته فشغلت به، ووجب عليه أداؤه في مَوَاقِيته، ولم يكن له تعلق بأمواله، سواء منها ما كان يملكه حال لزوم الدين وما تملكه من بعده. ولذا كان مطلق التصرف فيها دون أن يكون للغرماء حق في الاعتراض ما دام التصرف في أعيان لم ترهن به، وكان قبل أن يحجر عليه بسببه، وقبل أن يصيبه مرض الموت.

فإذا ما حجر على المدين بسبب دينه، أو أصابه مرض الموت، تعلق الدين بجميع ما يملك حال الحجر أو حال المرض، كما يتعلق بما يرهنه به من أمواله، وعندئذ يتقيد تصرفه فيه بألا يمس حقوق دائنيه، كما يتقيد تصرفه في الأعيان المرهونة بإجازة المرتهن لها.

هذا ما ذهب إليه الجمهرة من فقهاء المسلمين، وخالفهم في ذلك كثير من فقهاء المالكية فجعلوا للغرماء حق الاعتراض على تصرف المدين وإبطاله إذا ما كان ضارا بحقوقهم، كأن يتبرع وهو صحيح بشيء من ماله والدين محيط به ولو لم يسبقه حجر.

ذلك حكم الدين قبل وفاة المدين؛ **محله الذمة ولا تعلق له بالمال** إلا على الوجه الذي بينا. فإذا ما توفي كان البحث في مسألتين: أولاهما محل الدين، وثانيتهما تعلقه بالتركة، وتفصيلهما فيما يأتي:

فأما محل الدين فقد اختلفت أنظار الفقهاء فيه تبعا لاختلافهم في الذمة ومعناها وإمكان افتراض وجودها بعد الوفاة، فجمهور المالكية لا يرون لها بقاء بعد الموت، لأنها صفة من صفات الحياة، إذ يفسرونها بقبول الإنسان للزوم الحقوق والتزامها شرعا، ولا يعقل أن يكون للمتوفى قبول بعد مماته. ومن البين الجلي أن زوال الموصوف يستلزم زوال صفاته معه، والذمة على أي معنى من المعاني التي فسرت بها تعتبر صفة من صفات الإنسان الحي، فإذا انعدم انعدمت معه صفات الحياة ومنها الذمة، ولذا كان ما ذهب إليه المالكية من أن الذمة تزول بالوفاة وتصبح التركة بسببها محلا لدين مذهبا معقولا يقوم على البساطة والمنطق، فالدين بعد الوفاة عندهم محله التركة على معنى أنه مستحق الوفاء منها ومتعلق بها كما تتعلق الحقوق بالأعيان. ومتقضاه أن المدين إذا توفي ولم يترك مالا سقط دينه لعدم محله.

أما الحنفية فيذهبون إلى أن وجود الدين يستلزم وجود مدين به لسببين: **الأول** أنه دائما نتيجة التزام، ولا التزام بغير ملتزم، **الثاني** أنه وصف شرعي يظهر أثره في توجه المطالبة به، ولا مطالبة من غير مطالب. وإذا لزم للدين وجود المدين لزمه أيضا وجود الذمة، لأنها عبارة عن التزام المدين، وبناء على ذلك فلا دين عندهم بلا ذمة، ولذا ذهبوا إلى أن الدين يسقط بالوفاة إذا ما ترتب عليها خراب الذمة[1]، وافترضوا وجودها بعد الموت إذا ما تقوت بوجود تركة أو كفيل، وكان من نتيجة ذلك أن

---

(١) راجع في ذلك بحثنا الذي كتبناه في تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته ففيه التفصيل الوافي.

قالوا: إن محل الدين ذمة المتوفى إذا ما ترك تركة أو كفيلا به، أما إذا لم يترك تركة ولا كفيلا به فلا محل له لأنه قد سقط بخراب الذمة.

وذهب الشافعية إلى ما هو قريب من ذلك فقالوا: إن محل الدين بعد الوفاة ذمة المتوفى، غير أنهم لم يسلكوا في سبيل الاستدلال على ذلك مسلك غيرهم، بل استندوا إلى الحديث، فاستدلوا بحديث جابر - رضي الله عنه -، فقد روي أن رسول الله ﷺ كان لا يصلي صلاة الجنازة على من مات وعليه دين، وأنه ﷺ قد أتي بميت ليصلي عليه، فقال ﷺ: «عليه دين؟ فقال أصحابه نعم ديناران، فقال ﷺ صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة - رضي الله عنه -: هما عليَّ يا رسول الله، فجعل ﷺ يقول: هما عليك وفي مالك والميت منهما بريء. وفي رواية أخرى أنه لما بلغه أن أبا قتادة أداهما قال: الآن بردت عليه جلدته». كما استدلوا بما رواه الشافعي في الأم من أنه ﷺ قال: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه». فأخذوا من ذلك كله أن ذمة الميت المدين لا تزال باقية بعد وفاته، وأنها بالدين مشغولة، وأنها تبرأ بأدائه عنه.

وليس يتنافى هذا مع العقل لأن هذه أمور اعتبارية افتراضية القصد فيها إلى بيان الأحكام الفقهية وضبطها، وليس علينا من سبيل إذا ما فرضنا للميت ذمة باقية بعد وفاته تشغل بديونه إلى أن تقضى عنه ليترتب على ذلك المطالبة في تركته بها. وعلى ذلك فلا يسقط دين المتوفى بوفاته في جميع الأحوال وهو مذهب الصاحبين.

أما الحنابلة فقد اختلفوا فمنهم من ذهب مذهب المالكية فقالوا: إن محل الدين ما يتركه المتوفى من مال لزوال ذمته بالموت، ومنهم من ذهب مذهب الشافعية وهم الكثير فقالوا: إن محله ذمة المتوفى الباقية بعد وفاته لدلالة الحديث على ذلك، ومنهم من ذهب مذهبا ثالثا فقال: **إن محل الدين ذمة الورثة ولكن في حدود ما يتركه المتوفى** من أموال، بمعنى أن الوارث لا يطالب منه إلا بقدر قيمة ما يترك مورثه، ومقتضى ذلك أنه إذا لم يترك شيئا لم يبق دينه بل يسقط، ومن هؤلاء القاضي أبو يعلى، ولعله رأى أنه لا بد للدين من مدين وذمة، وأن لا سبيل إلى القول ببقاء ذمة المتوفى لتنافي الذمة والموت، فلم يبق إلا أن يكون محله ذمة الوارث، فيرث الوارث التركة وما تعلق

بها من حقوق، ولكن بحيث لا يطالب بأكثر مما ورث، حتى لا يضار في ماله الخاص بدون التزام منه، وهذا أساس ما ذهب إليه بعض علماء القانون الوضعي في العصور المتأخرة، ومن الحنابلة من نسب هذا القول لمن يرى منهم انتقال التركة المدينة بمجرد الموت إلى ملك الورثة. ومنهم من جعله رأيا خاصا بالدين المؤجل، وهذا لا وجه له عندي، فإن الديون لا تختلف طبائعها في قبولها الانتقال إلى ذمة الوارث وعدم قبولها.

تلك آراء العلماء في محل الدين بعد وفاة المدين، وهي آراء نظرية ليس لها في الواقع أثر عملي، فقد اتفقت كلمتهم جميعا على أن الدين أيا كان محله يتعلق بما يتركه المدين من أموال، فجميع ما كان مطلوبا من الإنسان حال حياته من الحقوق التي لا تتأثر بالموت وتظل باقية بعده يتعلق بتركته بمجرد وفاته، فتصبح التركة متعينة لسداده، وتصير هذه الحقوق مستحقة الوفاء منها كما يستحق وفاء الدين من الأعيان التي رهنت به، فتؤدى من أعيانها إذا ما وجد بينها ما هو من جنسها، أو يباع من هذه الأعيان ما يفي ثمنه بها إذا ما اختلف الجنس، لا يحول دون ذلك وصية ولا ميراث، ولا فرق في ذلك بين أن تكون هذه الحقوق قد استغرقت التركة أم لم تستغرقها، غير أن بعض الحنابلة قد زاد في بيان ذلك فقال: إذا تعدد الورثة انقسم الدين على حصصهم من التركة فتعلقت كل حصة منه بنظيرتها من التركة وبكل جزء منها فلا تنفك عنها حتى توفى منها، فإذا وفيت خلصت.

ذلك هو معنى تعلق الحقوق أو الديون بالتركة، ومنه تعلم أنه تعلق بماليتها ولا يتعداها إلى أعيانها وصورها، إذ لا حق للدائنين إلا في وفاء ديونهم منها، وذلك إنما يكون من المالية التي هي محل الوفاء والسداد، ولا دخل لذوات الأعيان ولا لأشكالها في ذلك، وإذن فليس لحقوق الغرماء تعلق بها، وإنما تتعلق بها حقوق الورثة كما سيأتي، لأنهم خلفاء الميت في أمواله، ومآل ما يبقى منها إليهم ما دامت ملكيتها لم تنتقل عند الموت إلى غيرهم بالوصية.

ومن هذا يظهر أن التركة يتنازعها عند الوفاة حقان، حق الغرماء ومحله ماليتها، وحق الورثة ومحله ذوات الأعيان، ولتعلق حقهم بها ثبت لهم حق

استخلاصها لأنفسهم بدفع ما يتعلق بماليتها من ديون، سواء أزادت هذه الديون عن قيمتها أم نقصت، وذلك رأي للحنفية خالفهم فيها جمهرة العلماء فذهبوا - كما سنبين بعد - إلى أن الورثة يستخلصون التركة إذا ما زاد عنها الدين بدفع قيمتها فقط، وعلى أية حال فقد اتفقت كلمتهم على أن ديون الميت قلت أو كثرت تتعلق بمالية تركته، ولكنهم قد اختلفوا في مدى هذا التعلق وفيما يترتب عليه من آثار.

فالحنفية يذهبون إلى أن تعلق الديون بأموال المدين يبدأ من أول وقت يعتريه فيه مرض الموت، وأنت تعلم أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه هلاك صاحبه عادة وينتهي بموته، سواء أكان مسببا عنه أو حدث بسبب آخر في المرض.

وإنما ابتدأ التعلق من ذلك الوقت محافظة على حقوق الدائنين، فإن الإنسان إذا كان صحيحا معافى يكون له من آماله في الحياة وشديد حرصه عليها ومطامعه فيها وحبه لنفسه ومحافظته على ما يقوم بها، موانع قوية تمنعه أن يبدد ماله، ويضيع ثروته، في سبيل الإضرار بمن يداينه، فلا ضرر أن تصرف، ولا خوف على حقوق الدائنين إذا أبقيت له ولايته المالية كاملة. فإن جاءه مرض الموت واستشعر اقتراب نهايته، ضعفت أطماعه في ماله أو تلاشت، وزال حرصه عليه، ورغب في أن يختص به من استطاع أن يؤثر في نفسه الضعيفة وأن يستولي على مشاعره الحساسة حينئذ، فخضعت تصرفاته لتلك الرغبة ووقعت تحت تلك السيطرة. وفي ذلك ضرر بيِّن بأرباب الحقوق، فكان لا بد من حمايتهم، وذلك بإقامة المرض الذي هو سبب الموت مقام ما يؤدى إليه وهو الموت فيما يترتب عليه من تعلق الحقوق الواجبة بما يملك من أموال. فكان من ذلك أن تعلقت الحقوق الواجبة بمال المريض، كما تتعلق بتركة المتوفى إذا مات. إلا أن التعلق بسبب المرض كان أضعف شأنا منه بسبب الوفاة، فلم يفرض على المريض بسببه إلا ضرب من الحجر يحول بينه وبين أن يتصرف في أمواله تصرفا يضر بدائنيه، ولن يظهر هذا الأثر إلا بعد أن يتحقق من أن المرض مرض موت، وذلك لا يكون إلا إذا اتصل الموت به فعلا، بخلاف التعلق الناشئ عن الموت فإنه تعلق استيفاء وسداد، لقوله تعالى بعد أن ذكر لكل وارث سهمه في التركة:

﴿... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾﴾ [النساء]. إذ مقتضاه أن لا ميراث إلا بعد السداد والوفاء.

ومما ذكر يتبين لنا أن تعلق الديون بأموال المريض لا يمنعها أن تكون شاغلة لذمته وقت مرضه، ولا يحول دون استمرار ملكيته لأمواله إلى وقت وفاته، بل تبقى ذمته مشغولة بديونه فإذا جاءه الموت خربت وضعفت أن تتحملها لولا وجود ما يقويها كمال يتركه، فعند ذلك تبقى ذمته قوية بذلك المال ويستمر ثبوت الديون فيها، ولكنها تكون متعلقة بذلك المال، مستحقة الوفاء منه، واجبة الأداء في الحال، كأن ذلك المال قد حل محل الذمة أو صار عوضا عنها، فتستوفى منها كما يستوفى الدين من الرهن عند حلول أجله.

ذلك هو معنى تعلق الديون بالتركة عند الحنفية، وبه يظهر أن للميت حاجة إلى ما يُسدّدُ دينه من تركته، وإنه - كما ذكرنا قبل - يبقى على ملكه ما يقوم بهذا الوفاء. فإذا كان الدين مستغرقا لتركته، كانت كلها مشغولة بحاجته، وترتب على ذلك اعتبارها كلها باقية على ملكه بعد موته، واستتبع ذلك عندهم عدم انتقال ملكية شيء منها إلى ورثته، ويستدلون على ذلك بقوله تعالى في آيات المواريث من سورة النساء: ﴿... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾﴾ [النساء]. فقد كرر سبحانه وتعالى هذا المعنى في أربعة مواضع من هذه الآيات، وفي كل مرة يذكره عقب بيان ما فرضه لكل وارث من نصيب في التركة. ومقتضاه أن لا نصيب لأي وارث فيها إلا بعد وفاء الدين وأدائه، وذلك ظاهر في نفي ملكية الورثة لشيء من التركة قبل أداء الدين. ونتيجة ذلك أن الدين يمنع من انتقال ملكية التركة إلى الورثة، وهو لا يمنع من ذلك إلا لتعلقه بها، وقد بينا لك من قبل معنى هذا التعلق.

وإثبات هذا الأثر للدين إذا كان مستغرقا هو رأي جمهور الحنفية سواء أكان هذا الدين لأجنبي عن الميت أم لوارث من ورثته، لم يشذ عن ذلك إلا قليل، فقد نقل صاحب القنية عن أبي الليث ما يفيد خلافه لهم في ذلك، كما نقل صاحب جامع الفصولين ما يفيد أن بعض الحنفية لا يرون أن دين الوارث يحول دون تملكه لتركة مورثه وهاك بعض ما يدل على ذلك:

أ- جاء في القنية نقلا عن كتاب النوازل ما يأتي: قال رجل لزوجته إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ثم مات فلان صاحب الدار عن تركة مستغرقة بالدين. فدخلت الزوجة الدار عقب موته قبل قضاء الدين. قال بعضهم إنها تطلق لتحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق - وهو دخولها دار فلان - ذلك لأن الدار لا تزال على ملكه، إذ إن استغراق التركة بالدين يمنع الوارث أن يتملكها. وقال أبو الليث لا تطلق، لأنه - وإن كان عليه دين - قد زالت الدار عن ملكه بالموت، ولهذا يتوقف عتق الوارث لعبد التركة على قضاء الدين، ولو كان العبد لا يزال على ملك الميت لبطل العتق.

فتعليل عدم وقوع الطلاق بزوال ملك المتوفى عن الدار بالموت، يقتضي إثباته للورثة، إذ لا يزول ملكها إلى غير مالك، وإلا كانت سائبة، ولا سائبة في الإسلام، وإذا ثبت الملك للوارث عند أبي الليث في هذه الحال، كان الدين المستغرق غير مانع منه في رأيه، ألا ترى أنه استدل على ذلك بصحة عتق الوارث لعبد التركة المستغرقة بالدين، وذلك لا يكون إلا بثبوت ملكيته له، إذ لو كان غير مملوك له، ومملوكا للمتوفى، ما صح عتقه له. وإنما توقف على قضاء الدين مراعاة لحق الدائنين. غير أن هذا الاستدلال قد لا يسلم له في نظري، ذلك لأن الشارع متشوف إلى تحقيق العتق ما أمكن أن يتحقق، ومن الجائز القريب أن يجعل إعتاق الوارث لعبد التركة المستغرقة قبل أداء الدين، بمعنى تعليق عتقه على خلوصه له بأداء الدين، كما جعل إعتاق المريض المنجز في مرض الموت لعبده بمعنى تعليق عتقه على موته، حتى لا يلحقه البطلان بعدم إجازة الورثة، وحتى لا يضر ذلك العتق الورثة إذا ما زادت قيمته على ثلث التركة، فجعل كأنه تدبير[1]. وعلى هذا الاعتبار صح عتق الوارث لعبد التركة المستغرقة بالدين متوقفا على قضاء الدين.

على أنه قد يصح أن لا تطلق هذه الزوجة بدخول هذه الدار ولا يكون ذلك نتيجة لخروج الدار عن ملك المتوفى حقيقة بالموت، بل أثرًا لمعنى آخر، وهو

(١) التدبير هو تعليق عتق العبد على موت مالكه.

أن الأيمان تبنى على العرف، والعرف لا يرى للميت ملكا، وإنما يراه لوارثه فتصبح الدار بعد الموت معروفة بأنها ملك الورثة عرفا فإذا دخلتها لم تطلق. وهذا لا يتنافى مع القول بأن الوارث لا يملك شرعا إلا بعد سداد الدين، وأن الدار تبقى على ملك المتوفى حتى يسدد.

ب- وجاء في الخانية نقلا عن المحيط: استغراق التركة بدين الوارث لا يمنع جريان الإرث في التركة إن لم يكن ثمة وارث غيره، فهذا صريح في الدلالة على أن دين الوارث لا يمنع ثبوت ملكه لأعيان التركة بمجرد الوفاة إذا لم يكن للتركة وارث غيره، أما إذا كان لها وارث آخر معه فإن دينه يمنعه أن يتملك حصته.

وهذا يخالف ما جاء في جامع الفصولين وهو: توفي رجل وعليه دين مستغرق، ولم يترك إلا ابنا وعبدا، فإذا أذن الابن للعبد في التجارة لم ينفذ إذنه، لأنه لم يملكه، لوجود الدين المستغرق، وإنما يملكه إذا أبرأ الغريم الميت، أو أدى الابن الدين من مال نفسه متبرعًا، أما لو أداه من مال نفسه غير متبرع فلا يملكه، لأنه يستوجب بأدائه هذا على التركة دينا مثله، فيمنع ملكه لها. فانظر كيف منع دين الابن في هذه الحال أن يتحدث العبد وليس ثمة وارث خلافه؟ ذلك برهان على أن المسألة خلافية.

ولعل مبنى ما ذكره صاحب المحيط ونقله عنه صاحب الخانية الاستحسان، فإن التركة المستغرقة بالدين إذا انحصرت في وارث له كل ما عليها من الدين، كان مآلها إليه على أية حال، إما ميراثا عن مورثه وإما عوضا عن دينه، وأمر ذلك إليه وحده، فإن شاء أبرأ الميت من دينه فتملكها، وإن شاء طلب بيعها من القاضي، أو باعها بنفسه بناء على خلافته - على حسب اختلاف الرأي في ذلك كما سيأتي - فكان له في النهاية جميع ثمنها. ولماذا يتحمل مشقة هذا الإجراء؟ أليس من اليسير عليه القريب من متناوله أن يتنازل عن دينه فتكون له التركة جميعها، إليه وحده أمرها؟ بناء على ذلك لا نرى داعيا يدعو إلى القول بأن الوارث لا يملك تركة مورثه في هذه الحال وإن ملكه لها متوقف على قضائه لدين نفسه، فإن أمرها بيده ولا حق لأحد فيها سواه، وكان لذلك الرأي العملي المقبول أن يحكم بثبوت تملكه لها بمجرد الوفاة

على اعتبار أنه متنازل عن دينه لأن مآل طلبه لسداده أن يتوجه إلى نفسه ولا يطالب الإنسان نفسه.

وأما إذا كان الدين غير مستغرق للتركة فقد اختلف فيه رأيهم، فذهب بعضهم إلى أنه يمنع أيضا تملك الورثة لشيء منها كما يمنع المستغرق، فهما في الحكم سواء، لتعلق كل منهما بالتركة جميعها، ولمكان الإطلاق في قوله تعالى: ﴿... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾﴾ [النساء]. إذ لم يقيد الدين في الآية بأنه مستغرق، فينطبق على ما كان مستغرقا وعلى ما ليس كذلك.

وذهب بعضهم إلى أنه لا يمنع تملك الوارث لجميع التركة، ولعل وجهتهم في ذلك أن تعلق الدين بأعيان التركة جميعها لا يتنافى مع ثبوت ملكيتها لغير الدائنين. ولا مع انتقال ملكيتها من مالك إلى آخر، ولا مع صحة التصرف فيها، فالعين المرهونة أو المستأجرة متعلق بها حق المرتهن أو حق المستأجر، وهي مملوكة لغيرهما، ويصح تصرف الراهن أو المؤجر فيها، فيبيعها كل منهما برضا من تعلق حقه بها إلى شخص ثالث، وتنتقل ملكيتها بالبيع إليه مع بقاء تعلق ذلك الحق بها. فإذا لوحظ مع هذا أن التركة تزيد عن الدين، وأنها مع ذلك لم تشغل جميعها بحاجة المتوفى في سداد دينه، وأن لا ضرر على الدائنين من أن يتصرف فيها الورثة ما دام حقهم مقدما على حقوق غيرهم ممن تصرف معهم الورثة، إذا لوحظ كل هذا كانت متابعة القواعد العامة واطرادها أولى، فيحكم بانتقال الملكية حينئذ إلى الورثة بمجرد الوفاة اتباعا لقاعدة انتقال المال بالميراث إلى الوارث بالوفاة، وبذا يترجح هذا النظر على الوجهة الأخرى التي تقضي بعدم انتقال الملك إليهم لتعلق الدين بجميع الأعيان في هذه الحال تعلقه بها حال الاستغراق. وهذا القول هو أرجح الأقوال عند الحنفية.

ومما تفرع عليه ما جاء في جامع الفصولين: إذا ترك الميت ودائع وأموالا فقبضها بعض ورثته بدون إذن من باقيهم أو من القاضي، فهلكت في يده بدون تقصير، لم يضمن إذا كانت التركة مستغرقة بالدين، لأن قبضه ينصرف عندئذ إلى الحفظ، لا إلى التملك، إذ الاستغراق يمنع الملك، فإذا لم تكن التركة مستغرقة، وكانت في موضع لا

يخاف عليها فيه، فقبضها فهلكت كان ضامنا، لتعديه بقبض ملك مشترك بدون إذن من مالكه، أما إذا خيف عليها حيث هي فقبضها لم يضمن استحسانا، لأن قبضه ينصرف إلى إرادة حفظها، فلم يكن متعديا وكان كقبض اللقطة. ففي هذا التفريع تصريح بأن التركة التي لم يستغرقها الدين تعتبر ملكا مشتركا بين الورثة، ألا ترى قوله: «لِتَعَدِّيه بقبض ملك مشترك بدون إذن من مالكه»؟

وذهب آخرون إلى أنه يمنع تملك الورثة في التركة بقدره فقط، وقد نقل هذا القول صاحب الخانية فقد جاء فيها: «الدين وإن قل يمنع ملك الوارث بقدره، كالكفن».

وقد يكون ما جاء في القنية مخرجا على هذا الرأي أيضا، فقد جاء فيها: أوصى المريض بأن تعطى هذه العين إلى الدائن في دينه، فليس للوارث منعها عن الدائن إذا كانت قيمتها أقل من الدين إذ يظهر لي أن الدين في هذه المسألة غير محيط، وإلا لم يكن للوصية فائدة لضياع التركة كلها في الدين، ولأنه - من ناحية أخرى - لا يقضي في مثل هذه الحال دين دون آخر ولا يفضل دائن على دائن، بل الديون كلها سواء، ولو أن الوارث يتملك جميع أعيان التركة في هذه الحال عند الوفاة كما هو الرأي السابق، لكان له أن يمنع تنفيذالوصية لأنها في ملكه، وللمالك أن يتمسك به، وإذن يكون عدم جواز منعها إذا طلبها الدائن دليلاً على أن الوارث لم يتملكها، وليس لذلك سبب سوى الدين، بدليل تقييد العين بأن تكون قيمتها أقل من الدين، وإذا كان الدين هو السبب فذلك لأنه منع الوارث أن يتملك في التركة بقدره على أقل تقدير إن لم يكن قد منعه أن يتملك شيئا منها كما يقتضيه الرأي الأول القاضي بأن الدين القليل يمنع الملك كالدين الكثير. وقد يخرج تخريجا آخر يرجع فيه إلى أن ذلك وصية بتمليك عين في نظير الدين، ومثل ذلك واجب التنفيذ عند قبول المتملك. غير أنه لا يشترط في نفاذ ذلك أن تكون العين أقل من الدين قيمة، فإنها إذا كانت أزيد منه أعطى الزائد منها حكم ما يتبرع به في المرض.

وهذا القول الأخير هو أعدل الأقوال الثلاثة عندي، لأنه المتفق مع ما قرره الكمال بن الهمام في «تحريره» من أنه يبقى على ملك المتوفى من تركته ما تسد به حاجته، ولا حاجة للميت في هذه الحال إلا إلى ما يسدد دينه وهو بعض تركته، فيبقى هذا الجزء

على حكم ملكه دون جزئها الآخر. وفي رأيي أن قوله تعالى: ﴿ ... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ...﴿١١﴾ ﴾ [النساء]. والدين من التركة، فما يبقى من التركة بعد حاجة الدين يظهر فيه ملك الورثة لأنه بعد الدين. وهذا ما ذهب إليه أبو سعيد الأصطخري من الشافعية.

ذلك تفصيل مذهب الحنفية، وقد يكون من المفيد في هذا الموضع أن نبين لك أن لا فرق عندهم بين أن يكون الدين عند الوفاة حالا أو مؤجلا، لأنه إذا كان حالا فأمر تعلقه والمطالبة بأدائه من التركة في الحال بيِّن، وإذا كان مؤجلا فقد حل بالوفاة، وحلوله بالوفاة معقول عند من يقول ببقاء التركة المدينة على حكم ملك الميت وعدم انتقالها إلى ملك الورثة، إذ لا معنى لبقاء الأجل حينئذ، لأن الأجل معناه تأخير المطالبة بالنسبة لمن عليه الدين وإرجاؤها إلى وقت مستقبل، ترفيها له وتوسعة عليه، وتمكينا له من الاستثمار والعمل والسداد من النماء ما أمكن ذلك، ولا معنى لكل هذا بالنسبة إلى المتوفى لتنافيه مع حالته، بل ومع حاجته إلى الوفاء لبراءة ذمته وفكاك نفسه، فقد قال رسول الله ﷺ «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي دينه». وكذلك لا محل له بالنسبة إلى الوارث لأنه غير مدين وغير مطالب بالدين حتى تؤخر عنه المطالبة، وفي حلول الدين مصلحة لهما جميعا، المتوفى بخلاص نفسه، والوارث بظهور ملكه وتمكينه من التصرف والاستثمار فيما يبقى له من التركة بعد وفاء الدين، فوجب أن يحل الدين بالموت لذلك.

أما على رأي من يقول إن الدين إذا كان غير مستغرق لا يمنع تملك الورثة للتركة بل تصير ملكا لهم بمجرد الوفاة، فلا تظهر المصلحة حينئذ في حلول الدين بالنسبة لهم، بل مصلحتهم في بقاء الأجل، لأنهم قد ورثوا مالا تعلق به حق مؤجل، فوجب أن يبقى كذلك، شأنهم شأن المالك إذا أعار ملكه ليُرْهَنَ في دين مؤجل إلى أجل معين، فليس للراهن أن يرضى بإسقاط الأجل دون قيامه بالوفاء إلا برضا المعير المالك، لتعلق حقه بالأجل، من جهة أن ماله قد أصبح محلا لوفاء دين مؤجل لا لوفاء دين حال. ألا ترى أنه يترتب على بقاء الأجل – على هذا الرأي – انتفاع الورثة بأعيان التركة وثمراتها إلى حين حلول أجل الدين؟

وقد يُعْتَرَضُ على هذا الدليل بأنه مبنيٌّ على أن الورثة قد ورثوا مالا تعلق به حق

مؤجل فيبقى على أجله، وذلك غير مُسَلَّم، لأن حلول الدين بالموت إنما يكون عند تملك الورثة للتركة، لأن الموت سبب لكلٍّ من الحلول وملك الورثة، فيوجد التملك والحلول في وقت واحد، وإذن فلا يرث الورثة مالا تعلق به حق مؤجل، وإنما يرثوه وقد زال الأجل وأصبح الدين حالا، فلا يكون لهم حق في التأجيل.

ولكني أرى أن معاملات الناس لا ينبغي أن تؤسس على مثل هذه النظريات التي تبنى على الأمور النظرية أو الفرضية، بل يجب أن تؤسس على ما يحقق للناس مصالحهم ويرفع عنهم العنت في معاملاتهم، وذلك ببقاء الدين مؤجلا بعد الموت مع ضمان التركة له. وهو رأي جماعة من السلف منهم الزهري وطاووس وأبو بكر بن محمد وسعيد والحسن[1].

وقد ذهب أيضا إلى هذا الرأي - وهو أن الدين يمنع الورثة أن يتملكوا التركة- الحنابلة على رواية ابن منصور لا فرق في ذلك بين أن يكون الدين لله تعالى أو للعباد، ولا بين الدين الثابت قبل الوفاة والدين الذي يثبت بعدها كما في الضمان المتسبب عن تردي حيوان في حفرة المتوفى في غير ملكه، ولا بين دين مستغرق بالتركة ودين غير مستغرق، وذهب بعض الحنابلة إلى أن ذلك خاص بالمستغرق أما غير المستغرق فلا يمنع.

وكذلك ذهب إلى هذا الرأي كل من الزيدية، والشيعة الإمامية على أحد القولين لهم، والشافعي في مذهبه القديم، وبعض أتباعه في المذهب الجديد وهم فريقان: فريق يرى أنه يمنع انتقال التركة كلها وفريق يرى أنه لا يمنع إلا بقدره[2].

أما المالكية فظاهر عباراتهم تدل على أنهم يرون أن الدين يمنع من أن يتملك الورثة التركة بدليل ما يأتي:

قال الحطاب في باب الجنائز: المعلوم أنه لا ميراث إلا بعد الدين.

وجاء في الخرشي من كتاب القسمة: أن الورثة إذا اقتسموا التركة بينهم قبل أداء الدين، ثم دفعوه جميعا مضت القسمة ونفذت، لأن الدين مقدم على الميراث، فلا ملك للورثة إلا بعد أدائه.

(١) راجع المغني وبحثنا الذي أشرنا إليه فيما مضى.
(٢) راجع الأشباه للسيوطي ص ٣٧٥.

وجاء في المواق: أنه إذا وقف الحاكم التركة لأجل الغرماء فهلكت، فإن كان ما وقفه عينا «ذهبا أو فضة» فهلك قبل أداء الدين، هلك على الغرماء «الدائنين» وإن كان عرضا هلك على الميت، وعلل ذلك بعضهم بأن العرض لما كان للميت نماؤه كان عليه تواؤه، بخلاف النقد لأنه لا نماء له، وعلله ابن رشد بأن العرض يحتاج إلى بيعه في أداء الدين، وإذا بيع بيع على ملك الميت أما النقد فلا يحتاج إلى بيعه فهو للغرماء.

فإن قول كل من الحطاب والخرشي صريح في أن المالكية يرون أن الدين يمنع تملك الورثة للتركة، وكذلك ما جاء في المواق من بيان العلة في هلاك العرض على الميت، إذ جعل نماء العرض بعد الوفاة ملكا له، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان العرض نفسه باقيا على ملكه، وكذلك قول ابن رشد أن العرض إذا بيع بيع على ملك الميت، وهو لا يكون كذلك إلا إذا اعتبر باقيا على ملكه حتى يؤدى منه الدين كما هو مذهب الحنفية. أما التفرقة بين النقد والعرض فظاهرة العلة، لأنهم يعتبرون قبض الحاكم للنقد كأنه قبض من الدائن لاتحاد الجنس، فإذا هلك هلك على الدائن، بخلاف العرض إذ لا يعتبر قبضه أداء للدين لاختلاف الجنس ولحاجة ذلك إلى إجراء مبادلة، وهي لا تتم إلا برضا الدائنين، وذلك ما لا يملكه الحاكم.

هذا وليس ذلك يتنافى مع ما ذهب إليه المالكية من أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح، وخاصة إذا لم يكن الوارث عالما به عند تصرفه، أو لم يكن المتوفى مشهورا به، لأن هذه الصحة كما سيأتي موقوفة على سداد الدين، حتى إذا لم يسدد كان للدائن أن ينقض هذا التصرف على الصفة التي سنبينها بعد.

أما الشافعي في مذهبه الجديد والجمهرة من أتباعه فيرون أن تعلق الدين بأعيان التركة بعد الوفاة لا يمنع أن يتملكها الوارث بمجرد الوفاة بحكم الميراث. وذلك هو القول الصحيح عندهم، وهو أشهر الروايتين عن أحمد بن حنبل، وقول ثان للشيعة الإمامية، لا فرق في ذلك بين أن يكون الدين مستغرقا أو غير مستغرق، ولا بين أن يكون لأجنبي عن المتوفى أو لوارث من ورثته[1]، وقد استدل أصحاب هذا الرأي عليه بما يأتي:

---

(١) راجع الروض ونهاية المحتاج وكشاف القناع.

الأول - قول رسول الله ﷺ «من ترك حقا أو مالا فلورثته» فإن قوله «حقا ومالا» يطلق على كل حق وكل مال، لا فرق بين ما تعلق به دين على المتوفى وما لم يتعلق به، وقوله «من» لفظ عام يعم كل متوفى، سواء فيه من توفي مدينا، ومن توفي وليس عليه دين. وإذن يكون معنى الحديث كل من توفي سواء أكان مدينا أم غير مدين، وسواء أكان الدين مستغرقا أم غير مستغرق، وترك حقا من الحقوق، كان ذلك الحق لورثته، أي ملكا لهم، لا يحول دين دون ذلك لعموم الحديث. وإذن تكون النتيجة أن الدين مطلقا لا يمنع تملك الورثة لما يتركه المورث المدين.

وليس بين هذا الحديث وقوله تعالى في آية المواريث: ﴿... مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ...﴿١١﴾﴾ [النساء]. تعارض إذ لا تدل الآية دلالة صريحة على أن المراد بها تقييد ملك الورثة بأنه لا يكون إلا بعد الدين أو الوصية، أو أن المراد بها تقييد ملك الورثة بأنه لا يكون إلا بعد الدين أو الوصية، أو أن المراد بها بيان وقت تملكهم، فإنها تحتمل معنى آخر هو ألا يخلص ما حدد للورثة من سهام قبلها، ولا تقسم التركة بينهم على حسب هذه السهام إلا بعد تنفيذ الوصية وسداد الدين، فقد ذكرت هذه الآية بعد أن بيَّن الله تعالى ما للأولاد من نصيب ذكورا كانوا أم أناثا، وما للأبوين إن وجدوا مع الأولاد أو وجدوا دونهم، وما للأخوة والأخوات، وما لكل من الزوجين في تركة الآخر، وهكذا، فكان ذكرها بعد ذلك مكررة دالا على أن هذه الأنصباء لا تعطى لهؤلاء الورثة، ولا تخلص لهم، ولا يختصون بها ذلك الاختصاص المستفاد من أداته المقترنة بهم وهي اللام، إلا بعد الوصية والدين، أي بعد تنفيذ الوصية من التركة وسداد الدين منها، حتى لا يكون ذلك ماسا بحقوق الدائنين والموصى لهم، وهي ثابتة لهم قبل الميراث، أما قبل تنفيذ الوصية وأداء الدين فلا تخلص لهم هذه الأنصباء، ولا تعطى لهم، لأن لغيرهم حقا فيها يقتضي الرجوع به فيها، وإذن فليس للآية بناء على ذلك دلالة على أن الورثة يتملكون التركة بمجرد الوفاة مع تعلق الدين بأعيانها، ولا على أن الدين يمنع الورثة أن يتملكوها حتى يسدد، بل تحتمل الأمرين، فإن قام لدينا دليل على أن التركة قبل أداء الدين تكون ملكا للورثة تعلق به حقوق الدائنين، ذهبنا إلى ذلك، وإن قام لدينا دليل على أنها تبقى على ملك الميت حتى يسدد الدين

ذهبنا إليه. وقد دل الحديث المتقدم على أنها بمجرد الوفاة تصبح ملكا للورثة فيجب المصير إلى ذلك، وخاصة إذا لاحظنا أن الآية قد سوت بين الوصية والدين في الحكم فقالت ﴿... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾﴾ [النساء].، ولم يقل قائل إن الوصية بجزء من التركة تمنع الورثة أن يتملكوها، بل قالوا إنها تكون بالوصية شركة بين الموصى لهم والورثة، فيثبت للورثة ملك فيها مع وجود الوصية إذا ما كانت الوصية بعين معينة أو بجزء منها، فأما إذا كانت الوصية مرسلة، بأن كانت بمبلغ من النقود، كما إذا أوصى شخص للفقراء بمائة جنيه مثلا، فإن الحنفية يرون أن للورثة أن يتصدقوا بهذا المبلغ من أموالهم، والتركة جميعها ملك لهم، ولم يجعلوا الوصية بالنقود مانعة من تملك الورثة للتركة، مع أن شأنها في الواقع شأن الدين، ومكان الوصية في الآية مكان الدين نفسه بل قدمت عليه في الذكر. فإذا لم تكن الآية عندهم دالة على أن الوصية تمنع تملك الورثة فهي كذلك لا تدل على أن الدين يمنع تملكهم، فالتفرقة بينهما لا يظهر لها أساس مع ثبوت هذه التسوية، وبذلك يسقط استدلالهم بهذه الآية على صحة مذهبهم القاضي بأن الدين يمنع ملك الورثة للتركة.

الثاني - أنه لو تأخر انتقال التركة إلى الورثة وتملكهم إياها إلى ما بعد وفاء الديون، لم تنتقل إلا إلى من يكون وارثا في هذا الوقت دون غيره، لأنه وقت الاستحقاق والتملك، وعلى ذلك لا يرث من يتوفى من الورثة بعد موت المدين وقبل وفاء دينه، ويستحق الميراث من كان به سبب مانع من الإرث حين الوفاة ولكنه زال بعدها وقبل سداد الدين.

وعليه لو توفي مدين عن ابنين وقبل سداد دينه مات أحدهما عن ابن له، كان الميراث جميعه للابن الحي دون ابن الابن وأبيه المتوفى، لانحصار الميراث في الابن الحي وقت استحقاقه وهو وقت السداد، لأن المتوفى ليس أهلا للميراث، وابن الابن محجوب بالابن. وأيضا لو توفي مدين مسلم عن ابنين أحدهما مسلم والآخر مسيحي فأسلم المسيحي قبل سداد الديون كان الميراث لهما جميعا بالسوية، لزوال المانع من الإرث وقت الاستحقاق وهو اختلاف الدين.

فهذا ما يترتب على تأخير تملك الورثة للتركة إلى ما بعد قضاء الديون، ولم يذهب إليه أحد من الفقهاء، وإنما أجمعوا على خلافه، وهو أن الميراث في الصورة الأولى بين الابن وابن الابن بالسوية، للأول النصف ميراثا عن أبيه المدين المتوفى، ولابن الابن النصف ميراثا عن أبيه، وهو الابن المتوفى قبل سداد الدين، وذلك برهان أنه ملكه قبل وفاته، أو قبل سداد الدين، لأنه قبل وفاته كانت قبله، فلم يكن الدين مانعا من أن يتملك نصيبه في التركة باعتباره وارثا، والأب أورثه ابنه. كما أجمعوا على أن الميراث في الصورة الثانية للابن المسلم عند الوفاة فقط، ولا شيء للابن الآخر الذي أسلم بعد الوفاة وقبل سداد الدين، وذلك برهان أيضا على أن الابن المسلم تملك التركة كلها واستحقها بمجرد الوفاة على الرغم من وجود الدين.

وإذن فالقول بتأخير ملك الورثة إلى ما بعد سداد الدين يؤدي إلى خلاف ما انعقد عليه الإجماع، وخلاف ما انعقد عليه الإجماع باطل شرعا، فكذلك ما أدى إليه وهو أن الدين يمنع تملك الورثة للتركة، فيثبت أنه لا يمنع، وأن الورثة يتملكون التركة بمجرد الوفاة.

الثالث - أن تعلق حقوق الدائنين بتركة المتوفى المدين، لا يتنافى مع ثبوت تملك الوارث لها، كما أنه لا يتنافى أيضا مع افتراض أن ملك المتوفى لتركته يبقى بعد وفاته إلى أن يسدد الدين، على ما ذهب إليه الفريق الآخر. وآية ذلك اتفاق جميع الفقهاء على أن الدين يتعلق بالعين المرهونة فيه مع ثبوت ملك الراهن لها، وعلى أن الديون تتعلق بأموال المفلس بعد الحجر عليه مع بقاء تملكه إياها. وعلى ذلك فأمر التركة متردد بين الرأيين، ولا بد إذن من طلب المرجح، والقول بثبوت ملك الورثة لأعيان التركة المشغولة بالدين بمجرد الوفاة مع تعلق الدين بماليتها هو الأرجح، بل هو المتعين. فإن الميراث طريق من طرق نقل الملكية إلى الوارث لا ريب فيه، وهو مترتب قطعا على الوفاة، فإذا ما تحققت تحقق، إلا إذا وجد مانع من ذلك، ولا يعد وجود الدين مانعا إلا إذا قام الدليل على أنه مانع، وذلك ما لم يقم عليه إلى الآن دليل، فلا يعد مانعا حينئذ، ويجب لذلك أن نقول بانتقال ملكية التركة المدينة إلى الورثة مع تعلق حقوق

الدائنين بها وبذلك نتجنب القول بإثبات ملك لمن هو ليس أهلا للملك وهو المورث بعد وفاته، ويتسق الرأي مع القواعد العامة، ونبتعد عن الافتراض والاستثناء، ثم هو مع ذلك ظاهر الحديث المتقدم وظاهر الآية فلا يعدل عنه، ولذا كان أرجح الآراء وأقواها في نظري.

ويحسن بنا هنا أن نبين أن الشافعية يرون أن تعلق هذه الحقوق بالتركة مع ثبوت ملك الورثة كتعلق الدين بالعين المرهونة بها، فتعتبر التركة كأنها رهن بهذه الديون، وكأن كل وارث قد رهن سهمه في التركة بما يخصه من الدين، وهو على هذا رهن تعدد راهنه، إلا أنه مفروض من قبل الشارع، لا مُنْشَأ من قبل المالك، كما هو الشأن في الرهن المعتاد، لأن الرهن العادي لا ينشأ إلا بإيجاب وقبول من المالك للعين والمرتهن لها، وهذا الرهن قد اعتبر تاما من غير رضاه بحكم الشارع.

وتجنبا لهذا الاعتبار عدل بعض الشافعية عن هذا الإلحاق، وجعل تعلق الدين بأعيان التركة كتعلق أرش الجناية برقبة العبد الجاني إذا جنى على إنسان فأذهب منه عضوا أو على ماله فأتلفه، فإنه يلزمه ضمان مالي جزاء ذلك التعدي أو الإتلاف، ويؤخذ به العبد الجاني فيتعلق برقبته، ويباع فيه على الرغم من سيده، إلا إذا قام سيده بدفع ذلك الضمان عنه. ووجه هذا الإلحاق أن تعلق الحق في الحالين قد تم من غير أن يرضى المالك، ولكن الرأي الأول هو الأرجح إذ يبتنى عليه عدم صحة تصرف الوارث في التركة قبل سداد الدين كما يمتنع ذلك على الراهن في العين المرهونة قبل أن يستخلصها، بخلاف الرأي الثاني فإن هذا الابتناء لا يتم فيه، لأن تصرف السيد في عبده الجاني صحيح عند بعض الشافعية، فلا يفيد الإلحاق به عدم صحة التصرف إلا على أحد الرأيين عندهم.

والنتيجة أن الشافعية يذهبون إلى أن ديون المتوفى الواجبة عليه تبقى ثابتة في ذمته بعد وفاته، وتتعلق عند حدوثها بمالية تركته، ولا يحول ذلك دون تملك الورثة لها، ويستوي في ذلك عندهم الدين المستغرق وغير المستغرق على القول الأصح، وذهب بعضهم إلى أن الدين إذا لم يكن مستغرقا بأن كان أقل من التركة لم يتعلق

إلا بقدره منها، ولا يتعلق بها كلها، وعلل ذلك بأن الحجر في مال كثير بشيء حقير بعيد.

وقد بينا أن ذمة المتوفى تعتبر باقية بالنسبة لما عليه وأن الدين يعتبر شاغلا لها باقيا فيها. وذليل بقائه فيها بعد الوفاة قوله ﷺ «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله ﷺ في حديث أبي قتادة - رضي الله عنه -، حين أخبر النبي ﷺ بوفاء ما كان على الميت من الدين «الآن بردت عليه جلدته».

وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة أيضا على أصح الروايتين عن أحمد، إلا أنهم يجعلون تعلق الديون بأعيان التركة كتعلق أرش الجناية برقبة العبد الجاني، لأن كلا منهما لا يتوقف على رضا المالك، ولأن إلحاقه بالرهن لا يلائم مذهبهم في تصرف الوارث، إذ يرون أن تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين صحيح، في حين أنهم لا يرون للراهن أن يتصرف في العين المرهونة قبل فكاكها ببيع أو هبة، ويرون ذلك جائزًا للسيد في عبده الجاني، فناسب لذلك أن يكون تعلق الحقوق بالتركة كتعلق الضمان الواجب برقبة العبد الجاني، لأن هذ التعلق لا يمنع التصرف في العين المتعلق بها الحق في كل منهما، على ما هو مفصل عندهم وستعرض له عند الكلام على تصرف الورثة في التركة قبل سداد الديون[1].

أما المالكية فهم يرون أن الميت تزول ذمته وتتلاشى بمجرد وفاته كما صرح بذلك الحطاب والخرشي والمواق والصاوي في حاشيته على الشرح الصغير وعليه فلا تبقى له ذمة بعد الموت، وإذن يكون مقتضى رأيهم كما تقدم أن الديون بمجرد الوفاة تتعلق بأعيان التركة التي تعتبر على حكم ملك الميت دون أن تكون ثابتة في ذمة أحد، فيكون للدائن حينئذ حق متعلق بهذه التركة مستحق الوفاء منها بحكم الشارع، وليس هذا بمنأى عن العقول فإن القول بثبوتها في ذمة المتوفى حينئذ كما يقول الحنفية قول افتراضي ليس له من الواقع مؤيد. غير أني لم أظفر فيما وصلت إليه يدي من كتبهم كيف يصورون هذا التعلق؟ أيصورونه بتعلق الدين بالرهن أو بغير ذلك؟

(١) راجع كشاف القناع جـ٤ ص٢٢٦، جـ٢ ص١٥٤.

وعلى أية حال فهم لا يخالفون غيرهم في أن حق الدائنين مقدم على الوصايا والميراث، وأنه لا يتعدى مالية التركة، وأن الورثة إذا قاموا بدفع ما للدائنين من ديون خلصت لهم التركة، ونفذ تصرفهم في أعيانها، ولم يكن للدائنين أن يمتنعوا عن أن يتسلموا حقوقهم منهم.

هذا وقد بينا فيما سبق رأي الفريق الثاني وفصلنا لك أدلتهم، ونرى من الفائدة أن نفصل لك أيضا كيف ناقشها أصحاب الرأي الأول. وكيف أرادوا نقضها دليلا دليلا فقالوا:

أ- أن قوله ﷺ «من ترك حقا أو مالا فلورثته»، لا يدل دلالة صريحة على انتقال ملكية التركة المدينة فور الوفاة إلى الورثة، إذ غاية ما يدل عليه أن ما يتركه المتوفى من أموال وحقوق مالية يكون لورثته، وذلك يصدق بأن يكون مآله إليهم ولو بعد حين، وليس هذا محل خلاف، إذ كلمة الجميع متفقة على أن مآل ما يتركه المتوفى إلى ورثته بعد أن يقضى منه كل حق، من تجهيز الميت وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه، ثم إننا نلاحظ مع ما تقدم أن كل هذه أمور هي من حاجة الميت، والميت فيها أولى بماله من غيره، ولا يعد معها أنه قد ترك أمواله، لأنه ما دام في حاجة إليها فلا يعد أنه قد تركها لغيره، فإذا نفدت كلها كان الباقي متروكا حينئذ، وكان عندئذ لورثته، واختصوا به دون غيرهم، وبهذا يجمع بين هذا الحديث وبين قوله تعالى: ﴿ ... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ... ﴿١١﴾ ﴾ [النساء].
هذا ولا يخفى ما في هذا البيان من تحميل القول ما لا يحتمل في متعارف التعبير والبيان، فإن كل مال يكون ملكا للميت عند الوفاة يطلق عليه أن الميت قد مات وتركه في هذا العالم، وهو بمقتضى ظاهر الحديث يكون للورثة ملكا، وليس للمعنى أن مآله إلى الورثة، لأنه قد يباع كله في الدين فلا يؤول شيء منه إلى الورثة، وعندئذ لا يصدق الحديث.

ب- وأما ما رتبه أصحاب الرأي الثاني على تأخير ملك الورثة من توريث غير الوارث كالابن المسيحي إذا أسلم قبل سداد الدين، ومن منع الوارث من ميراثه كالابن المتوفى كذلك قبل أداء الدين، فغير لازم لما رتبوه عليه، لأن الميراث إنما يكون لمن

يرث عند الموت، وهم من قام بهم سبب الإرث في ذلك الوقت، فيثبت لهم فيه حق الميراث بالنص، ولا يلزم من ذلك أن يتملكوا التركة في الحال، بل إن هذا الحق يجعل لهم أن يتملكوها عند عدم المنع، وإن شئت قلت عند خلو التركة من الدين، وبناء على ذلك لا يرث الابن المسيحي الذي أسلم قبل سداد الدين وبعد الوفاة، لأنه لم يكن وارثا عند الوفاة، ولم يثبت له حق الميراث في ذلك الوقت، ويرث الابن الذي توفي بعد وفاة أبيه وقبل سداد الدين، لأنه توفي بعد أن تقرر له حق الميراث في التركة.

هذا وقد قالوا في دفع هذا الدليل أيضا أنه عند حصول براءة ذمة المتوفى من الدين بأي سبب من الأسباب كالوفاء والإبراء، يتبين أن التركة قد انتقلت إلى الورثة عند الوفاة، وبذلك يكون تملكهم إياها مستندا إلى ذلك الوقت، فلا يرث إلا من يستحق الميراث فيه. ولكن هذا الدافع فيما أرى قد يعود على أصل الموضوع - وهو عدم ثبوت الملك للورثة في التركة المدينة عقب الوفاة - بالنقض، ذلك لأنه يقرر أن ملك الوارث إذا تحقق لا يتأخر في الواقع، وإنما يثبت عقب الوفاة مباشرة إذا ما حصلت براءة فيما بعد أو سدد الدين، وغاية الأمر أن ذلك لا يظهر لنا إلا فيما بعد، عند حصول البراءة أو السداد، وإذن لا يكون بين الرأيين في الواقع فرق، سوى أن أحدهما يذهب إلى أن الملك يثبت للورثة عند الوفاة في الحال ويظهر كذلك، والآخر يرى أنه يثبت أيضا في الحال عند الوفاة ولكن لا يظهر لنا ذلك إلا عند البراءة أو السداد عندما يكون في التركة بقية للورثة، وبناء عليه فإذا توفي المدين عن تركة مستغرقة، ثم تنازل الدائن بعد ذلك عن دينه ظهر لنا أن ملك الورثة قد ثبت من وقت الوفاة، ولم يكن وجود الدين حينئذ مانعا من تملكهم إياها، وهذا خلاف ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول.

والواقع أن هذا الجواب ينتهي إلى الرأي الثالث وهو مذهب التوقف إذ يقرر أصحابه أن ما يثبت للورثة من التركة يثبت لهم الملك فيه من وقت الوفاة، ولا يظهر ذلك إلا بخلوصه من الحقوق، وما يدفع وفاء للحقوق لا يثبت فيه ملك للورثة.

جـ- وأما الدليل الثالث فلا ينهض حجة لإثبات هذا الرأي لأن معناه إما الموازنة بين الرأيين الجائزين وترجيح أحدهما على الآخر لأنه يتلاءم مع القواعد، وإما المصادرة والرجوع إلى ما هو محل للخلاف. أما الموازنة والترجيح فلا يكفيان دليلا، لأننا إذا سلمنا أن ما ذكر يقتضي ترجيحا لأحد الرأيين، فليس يقتضي أن ليس للرأي الآخر جهة أخرى تقتضي ترجيحه أيضا، فلا يكون أحدهما أولى من الآخر، ألست ترى أن الميراث قد ترتب على الوفاة لأنها تقطع حاجة المتوفى إلى أملاكه، فأعطيت حينئذ إلى أقرب الناس إليه ومن تعد منفعتهم منفعة له؟ فإذا ما كانت حاجة المتوفى إلى أملاكه لا تزال قائمة بالنسبة إلى سداد ديونه الواجبه عليه، أفلا يكون ذلك داعيا إلى بقاء ملكه فيها حتى تنقضي حاجته كما أبقى له في حياته لأجل حاجته؟ وخاصة إذا لاحظنا أن تلك الصفات الشرعية كأهلية التملك أو أهلية التصرف أو عدمها إنما هي صفات اعتبارية دعت إليها الحاجة وتوفير المصالح، فإذا ما دعت الحاجة إلى تقييدها أو إلى الاستثناء منها فذلك ما لا ينبو على أساسها، بل يكون متفقا معه وسائرا في طريقه إلى غايته، وأما المصادرة والرجوع إلى ما هو محل للخلاف، فذلك لأن الاستناد في التدليل على هذا الرأي إلى القول بأن الميراث سبب من أسباب نقل الملكية بيقين استناد إلى محل النزاع والخلاف، ذلك لأن كون الميراث سبب من أسباب نقل الملكية إنما يتم عند عدم الدين، أما عند وجوده فلا يتم، لأنه محل النزاع.

والواقع أن الأدلة متضافرة على أن الميراث سبب لنقل الملكية على الإطلاق، فادعاء تقييد ذلك بعدم وجود الدين لا يصح إلا بدليل عليه، ولم يقم عليه دليل كما تقدم، وقد كان من نتائج هذا النقاش أن ذهب بعض الفقهاء إلى القول بالوقف حتى يتبين الأمر، فإن برئ المتوفى من ديونه بأي سبب من الأسباب وبقيت من التركة بقية بعد ذلك كانت للورثة، وظهر أن تملكهم لها قد ثبت من وقت الوفاة، وإن لم يبق منها شيء ظهر أن الورثة لم يتملكوا شيئا منها، وقد أشرنا إلى هذا القول فيما سبق.

بعض الآثار المترتبة على هذا الخلاف:

ترتب على هذا الخلاف الذي بيناه في تملك الورثة للتركة المدينة فور الوفاة خلاف في مسائل أخرى، أهمها ملكية زوائد التركة إذا ما زادت بعد الوفاة قبل أداء الدين، ونفقاتها في هذه المدة، واستحقاق الشفعة بعين من أعيان التركة في هذه المدة أيضا، وتصرف الورثة في التركة أثناءها كذلك، وفي بيانها أقول:

أ- نماء التركة:

قد تنمو التركة المدينة بعد وفاة مالكها وقبل سداد دينه، كأن يكون في التركة حيوانات فتلد في هذه المدة من حمل جاءت به فيها، أو تحتوي على شجر فيثمر فيها ثمرة لم تكن ظاهرة عند الوفاة، أو على عقار فيستأجر، إلى غير ذلك من أنواع الزيادات التي تنتج منها في هذه المدة، سواء أكانت متصلة بالمزيد كالسمن في الحيوان، أو منفصلة عنه كالثمرة بعد جنيها بالنسبة للشجر والولد بالنسبة للحيوان بأنواعه. ففي هذه الحال تكون هذه الزيادات بجميع أنواعها ملكا للمتوفى عند أصحاب الرأي الأول الذين لا يجعلون للوارث ملكا إلا بعد سداد الديون، لأنها نماء ملكه فتتبع أصلها، وعلى ذلك تعد جزءا من تركته، وتتعلق بها حقوقه، فتقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، وهذه نتيجة طبيعية لما ذهب إليه الحنفية والمالكية ومن تبعهم من بقاء ملك المتوفى لتركته حتى تسدد ديونه، فيكون نماؤها بجميع أنواعه تابعا لتركته أو جزءا منها. وإلى ذلك أشار صاحب جامع الفصولين في بعض فروعه التي نقلها في باب التركات من الجزء الثاني، كما أشار إليه المواق أيضا، والخرشي في باب التفليس والمداينات فراجعها. وأما عند أصحاب الرأي الثاني وهم الذين يعتبرون التركة المدينة ملكا للورثة من وقت الوفاة، فإنها تكون ملكا للورثة لأنها نماء ملكهم فلا يتعلق به حق الدائنين ما دامت هذه الزيادات لم تكن موجودة عند الوفاة، وإلا كانت تركة، كأن يكون بالحيوان حمل عند الوفاة، أو يكون بالشجر ثمر عندها ولكنه لم ينضج. وممن صرح بهذا أيضا الشافعية، لا يفرقون فيه بين زيادة متصلة كالسمن في الحيوان وأخرى منفصلة كالولد والثمرة بعد الجني، ولا بين زيادة متولدة كالثمرة والولد، وزيادة غير

متولدة كأجرة العقار، فكل ذلك عندهم حق خالص للورثة لأنه نماء ملكهم، حتى قالوا إذا كان في التركة حيوان فسمن بعد الوفاة وقبل سداد الديون فإنه يقوم في الحالين ويكون الفرق بين القيمتين من حق الورثة، وهذا هو رأيهم في زوائد الرهن إذا حدثت والرهن في يد المرتهن، فإنها تكون ملكا للراهن ولا حق فيها للمرتهن[١].

أما الحنابلة فلهم في ذلك رأيان، أحدهما أن زوائد التركة ونماءها في هذه الحال جزء من التركة، فتتعلق به الديون وتنفذ منه الوصايا كما ذهب الحنفية ومن تابعهم. ومبنى هذا الرأي إما أن يكون الرواية القاضية بأن التركة المدينة لا تنتقل إلى ملك الورثة بمجرد الوفاة، وإنما تبقى على حكم ملك الميت حتى تسدد ديونه، وإذن يتبعها نماؤها ما دام قد حدث قبل سداد الديون فيكون تركة، وعندئذ يكون وجه التخريج بيّنًا. وإما أن يكون مبناه الرواية الأخرى القاضية بأن الدين لا يمنعة انتقال التركة بالموت إلى الورثة، وحينئذ يكون تعلق الديون بالنماء نتيجة لتعلقها بأصله وهو التركة، فلما تعلقت بالتركة تعلقت أيضا بنمائها وزيادتها، كما تتعلق بنماء الأعيان المرهونة وزياداتها فتصير رهنا كأصلها خلافا لما ذهب إليه الشافعية، وهذا رأي عند الحنابلة يخالف الرأي القاضي بأن تعلق الديون بالتركة كتعلق أرش الجناية برقبة العبد الجاني كما تقدم.

وثاني الرأيين وهو أظهرهما عندهم أن الديون لا تتعلق بنماء التركة ولا بزياداتها في هذه الحالة وإنما تخلص للورثة، فلا تقضى منها الديون ولا تنفذ منها الوصايا، وهذا الرأي يتفق مع ما ذهب إليه الشافعية، ومرجعه كما هو ظاهر الرواية القاضية بأن التركة المدينة تنتقل بالوفاة إلى الورثة، وأن تعلق الديون بها ليس كتعلقها بالأعيان المرهونة بل كتعلق ضمان الجناية برقبة العبد الجاني، وعلى ذلك يكون النماء ملكا خالصا للورثة في هذه الحال، لأنه نماء مال مملوك لهم وهم غير مدينين[٢].

وبناء على ما تقدم فإذا ما ترك المتوفى المدين أرضا زراعية، وقد بذر فيها بذرا قبل وفاته، ولكنه لم يظهر حبه إلا بعد وفاته وقد تم نضجه وحصاده قبل سداد الدين،

---

(١) راجع النهاية والروض في المداينات.

(٢) «راجع الشرح الكبير والمغني والقواعد».

فإن حق الدائن يتعلق به أيضا عند الحنفية والمالكية وعلى رواية عند الحنابلة لما تقدم بيانه، ويكون ملكا خالصا للورثة عند الشافعية وعند الحنابلة على الرواية الأخرى، فلا يتعرض لهم فيه الدائنون، لأن الذي يعد من التركة هو البذر فقط وقد فسد وتغير بوضعه في الأرض فأصبح تالفا لا قيمة له، أما ما برز منه وظهر فليس بعينه، بل غيره، وإن كان متولدا منه وناشئا عنه، فيكون نَمَاءً لعين من التركة، فلا يتعلق به حق الدائنين، ولبعض الشافعية رأي آخر في هذه الحادثة، هو أن البذر في الأرض يعتبر كالحمل الموجود عند وفاة المدين، نما حتى صار حبا ناضجا، فيكون من التركة وتتعلق به حقوق الدائنين، وهو رأي له وجهته، ولكنه لا يتفق مع ما ذهبوا إليه في أمر سمن الحيوان إذا ما سُمِّنَ بعد الوفاة وقبل سداد الدين، فإن قالوا يقوم في الحالين ويكون الفرق خالصا للورثة، فإذا ما طبق هذا المبدأ على البذر كان جميعه للورثة لأنه لا قيمة له بعد وضعه في الأرض، والواقع أن هذا يرد على رأيهم في الحمل أيضا، ولعل مبناه فيه إنما هو الاستحسان.

ب- نفقات أعيان التركة:

إذا احتاجت أعيان التركة بعد الوفاة وقبل سداد الديون إلى نفقات كإطعام ما قد يكون في التركة من حيوان، أو أجرة حِفْظ أو نفقة صيانة أو أجر حمل أو خزن أو غير ذلك، فإن جميع ذلك يكون في التركة على الرأي الأول، ويلزم به الورثة على الرأي الثاني، لأنها نفقات أملاكهم، حتى إذا بيعت في الدين لم يكن لهم حق الرجوع بما اتفقوا عليها في أثناء هذه المدة، لأنهم إنما اتفقوا ليحفظوا أموالهم، ولهم حق استخلاصها بأداء ما تعلق بها من الديون كما سيأتي، وكان لهم أن يتخلصوا من ذلك بالمبادرة إلى بيعها في سداد الديون، فلما لم يفعلوا كان عليهم نفقاتها، كما كان لهم نماؤها والغرم بالغنم.

جـ- استحقاق الورثة الشفعة بسبب تملكهم لأعيان التركة:

إذا كان للمتوفى دار مشتركة بينه وبين آخر، فباع هذا الشريك حصته فيها بعد وفاة المورث الذي هو شريكه فيها وقبل قضاء ديونه لشخص ثالث، لم يكن للورثة

على الرأي الأول حق طلب هذه الحصة المبيعة بالشفعة، لعدم تملكهم لحصة مورثهم حين البيع بسبب وجود الدين، وإنما تثبت الشفعة للشريك في العقار فعلا عند جريان عقد البيع، وهم في ذلك الوقت لا يملكون وليسوا بشركاء، ويثبت لهم هذا الحق على الرأي الثاني لثبوت ملكهم لحصة مورثهم من وقت الوفاة، فكانوا لذلك شركاء عند جريان البيع. وكذلك يثبت لهم هذا الحق عندما يكون الدين غير مستغرق على أصح القولين عند الحنفية، لأنه لا يمنع ثبوت ملك الورثة للتركة كما قدمنا. وأما إذا كانت التركة غير مدينة فإن الورثة يتملكونها بمجرد الوفاة باتفاق، فإذا باع شريك مورثهم حصته من العقار المشترك، كان لهم حق الشفعة، لأنهم شركاؤه وقت البيع بلا نزاع.

د- تصرف الورثة في التركة:

علمنا مما مضى أن الفقهاء في نظرهم إلى تملك الورثة للتركة المدينة بسبب الوفاة فريقان: فريق يرى أن الدين مانع من انتقال التركة إلى ملكهم عند الموت وعلى رأسهم الحنفية فالمالكية، وفريق يرى أنه لا يمنع، وأن الورثة يتملكون التركة المدينة بمجرد الوفاة مشغولة بحق الدائنين، وعلى رأسهم الشافعية، ولم يكن هذا الخلاف فيما أرى مبعثا لخلافهم في صحة تصرف الورثة في التركة المدينة قبل سداد الدين وأساسًا له، فإن أصحاب الرأي الأول يختلفون في صحة تصرف الوارث في التركة المدينة مع اتفاقهم على أنه غير مالك، فمنهم من ذهب إلى عدم الصحة، ومنهم من ذهب إلى الصحة، وكذلك اختلف أصحاب الرأي الثاني على هذا الوجه كما سيتبين لك. وإنما نشأ خلافهم هذا عن اختلافهم في الأسس التي تبنى عليها صحة التصرف عندهم كما سنذكر.

هذا وإذا تصرف الورثة في التركة المدينة فذلك قد يكون بقسمة أعيانها وما تتكون منه بينهم، وقد يكون بغير ذلك من الإنشاءات كالبيع والهبة والرهن والإجارة وغير ذلك، ونرى أن نخص القسمة ببيان نفصل فيه أحكامها على الرغم من أنها نوع من التصرف، وذلك لما لها من الأهمية الناتجة عن كثرة وقوعها، وإسراع الورثة إلى إجرائها ما أمكنهم ذلك، ولما لها مع ذلك من أحكام خاصة ترجع إلى أنها تعتمد على العمل - وهو الإفراز - أكثر مما تعتمد على القول فنقول مستعينين بالله تعالى.



أحكام قسمة التركة:

إذا كانت التركة مدينة فقسمها الورثة بينهم وهم لا يعلمون بالدين. أو اقتسموها وهم يعلمون به، وأخذ كل منهم حصته منها، لم تصح هذه القسمة عند الحنفية، وكان لكل دائن أن يبطلها، كما يكون لكل وارث كذلك إبطالها ولا يلزم بها، لا تختلف في هذا الحكم عندهم تركة قد استغرقها الدين عن تركة لم يستغرقها، ولا فرق فيه بين أن يكون الدين الذي تعلق بالتركة قد التزمه الورثة لأربابه أو لم يلتزموه، وذلك لعدم ثبوت ملكهم لأعيان التركة عندما يحيط بها الدين، ومن شروط صحة القسمة ونفاذها أن تكون بين الشركاء في المقسوم، والشركة نتيجة الملك ولا ملك لهم.

وكذلك الوجه في التركة التي لم يحط بها الدين، عند من يرى من الحنفية أن الدين مطلقا يمنع ملك الوارث للتركة حتى يسدد، أما عند من يرى منهم أنه لا يمنع ملك الوارث إذا كان غير محيط، فالوجه في عدم صحة القسمة قبل سداده وإن كانت بين الشركاء أن للدائن حقا في أن يرجع بدينه على أية عين من التركة يجدها في يد أي وارث فيستوفي منها دينه كله إن أمكنه ذلك، وسبيله أن تباع العين فيدفع ثمنها في الدين، وبهذا الصنيع يزول معنى الإفراز في التركة بين الورثة، وهو أساس القسمة، فإذا زال بطلت، وبناء على ما ذكر فليس للورثة أن يستبقوا من التركة ما بقي بالدين ثم يتقاسموا الباقي بينهم، لأن حق الدائن متعلق بجميع الأعيان، وعسى أن يهلك ما استبقوه للدين أو يستحق، ولكن جاء في شرح الطحاوي: وعن أبي حنيفة لا يقسم القاضي التركة حتى يقضى الدين وقيل يقف قدر الدين ويقسم الباقي. وإذن ففي صحة القسمة عند استبقاء ما يفي بالدين رأيان أحدهما عدم الصحة وهو ما ذكره أولا، وثانيهما الصحة وهو ما نقله الطحاوي عن أبي حنيفة وصدَّره بكلمة «قيل». وأرجحهما عدم الصحة لحكاية الرأي الثاني بكلمة قيل وهي علامة التضعيف عند الفقهاء، غير أنه قد جاء في الفتاوى الهندية من باب قسمة التركة «أن الدين إذا كان غير مستغرق فليس للقاضي أن يقسم التركة قبل أدائه قياسا ويقف الكل،

وفي الاستحسان يقف مقدار الدين ويقسم الباقي بين الورثة، ولا يأخذ منهم كفيلا بشيء من ذلك عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه أبي يوسف ومحمد»، وهذا الصنيع يفيد ترجيح القول بالصحة على القول بعدمها، لأن الاستحسان يقدم على القياس، ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب الهندية بعد من «أن الورثة إذا عزلوا للدائن نصيبه ثم قسموا الباقي، أو كان للميت مال آخر سوى ما اقتسموا وكان يفي بديونه، لم ينقض القاضي قسمتهم في هذه الحال، وتقضى ديون الميت من ماله الذي لم يقسم»، وبهذا أخذ جمهرة المالكية كما سيأتي فجعلوا للورثة أن يستبقوا من التركة ما يفي بديونها، ثم يتقاسموا الباقي بينهم، فتكون قسمتهم نافذة ملزمة، وإلى هذا الرأي أميل، إذ لا مانع من نفاذ القسمة في مثل هذه الحال إلا حق الدائنين، لأنها تمت بين الشركاء فإذا ترك لهم ما يفي بحقهم فلا مبرر لعدم نفاذها، وما قيل من أنه يجوز أن يتلف ما تركوه للدين أو أن يستحق لا ينهض مانعا، لأن ذلك من الأمور الوهمية التي لا يقام لها وزن في التشريع.

ذلك هو حكم قسمة التركة بين الورثة قبل سداد الدين عند الحنفية، ولكن إذا أبرأ الغرماء المتوفى من جميع ديونهم بعد أن اقتسم الورثة التركة، أو قام الورثة جميعهم بأداء الديون كلها من مالهم على قدر مواريثهم، فدفع كل منهم قدر ما يخص حصته في التركة من الدين، أو استقل به وارث فأداه كله من ماله متبرعا على ألا يرجع به في التركة، أو فعل ذلك أحد الورثة متبرعا ولم يكن هذا شرطا في أصل القسمة بينهم، فإن القسمة في هذه الأحوال كلها تنفذ وتلزم، سواء أكانت في تركة قد أحاط بها الدين أو لم يحط، لانتهاء تعلق حق الدائنين بأعيان التركة، وعدم زوال الإفراز الذي هو أساس القسمة، أما إذا كان ضمان الوارث لهذا الدين على الوجه المبين شرطا في قسمة التركة لم تصح القسمة، لأن مثل هذا الشرط فيها يبطلها لما نص عليه في أحكام القسمة.

وكذلك تصح القسمة وتنفذ إذا ما أجازها الدائنون، لأن ذلك إنما كان لحقهم محافظة عليه، فإذا أجازوها نفذت، ولكن لهم أن يبطلوها بعد إجازتهم كما في

الذخيرة، لأن ذلك سبيل إلى اقتضائهم ديونهم، وإجازتها ليست إسقاطا لديونهم، وليس لديونهم وفاء إلا من التركة.

ومما تقدم يتبين لنا أن التزام الورثة بالدين لا تصح معه القسمة إلا إذا كان بشرط ألا يُتبع به الميت، وألا يُرجع به في تركته، ولم يكن ذلك شرطا في القسمة، كما تبين لنا أن فساد القسمة في الأحوال المتقدمة يرتفع بزوال ما اقتضاه وهو تعلق حق الدائنين بالأعيان.

هذا وليس للدائنين بعد إجراء القسمة أن يمتنعوا عن قبول الدين من الورثة أو من الأجنبي إذا ما أريد دفعه إليهم لتنفذ القسمة وتلزم، لأن حقهم إنما يقتصر على إيفائهم ديونهم لا يتعدى ذلك، وكذلك لا يعد رضاهم بالقسمة قبل إجرائها أو بعده سببا للإلزام بها، لأن عدم لزومها إنما كان نتيجة لتعلق الديون بأعيان التركة، وهذا التعلق لا ينتهي بهذا الرضا لأنه نتيجة لوجودها، ولذا يبقى لهم الحق في الاستيفاء من التركة، ولا طريق لذلك إلا ببطلان القسمة.

وبناء على ما تقدم إذا اقتسمت زوجة مع أولادها من زوجها المتوفى تركته ولم تكن قد استوفت بعض صداقها، سواء أكان مؤجلا أم حالا كان للزوجة نقض القسمة إذا ما أرادت أن تستوفي صداقها من أعيان التركة، إذ لا يعتبر إقدامها على القسمة إبراء لزوجها من المهر، ولا دليلا على أنها قد استوفته من قبل. ومحل ذلك إذا لم تعط زيادة في نصيبها نظير ما بقى لها من المهر، فإن أعطيت لم يكن لها حق في نقض القسمة، إذ أنه قد سقط بأخذ العوض عنه[1].

ومن هذا البيان نستطيع أن نقول إن الحنفية يرون أن قسمة التركة حال وجود الدين لا تصح، فلا تنفذ ولا يلزم بها وارث ولا دائن، وإن هذا هو المراد بقولهم إنها باطلة، وهذا لا يتنافى مع القول بانقلابها صحيحة نافذة إذا ما زال المانع، وهو تعريض حق الورثة للضياع، ذلك لأن أساس القسمة هو الإفراز وهو عمل من الأعمال التي تعتمد الخبرة والمعرفة ولا تعتمد الأهلية للتصرف كالأقوال، فالقسمة توجد بوجود

(١) راجع جامع الفصولين والفتاوى الهندية.

الإفراز الذي هو فعل للقاسم، والتزامها يكون بعد ذلك بالأقوال، وإذا كانت فعلا لم تحتج إلى أن يقوم بها مالك للعين، أو غير محجور عليه لسفه أو غفلة أو غير ذلك من الشروط، ولا تحتاج إلا إلى خبير بها عارف لها، فإذا ما تمت كان من الواجب لنفاذها أن يلتزمها الشركاء بأقوالهم الدالة على رضاهم بها، فيشترط فيهم حينئذ ما يشترط في كل التصرفات المالية من الأهلية، وليس بين هذه الأقوال وبين الإفراز تلازم، فقد تبطل الأقوال لعدم الأهلية أو لفقد شرط من الشروط، ولا يؤثر ذلك في وجود الإفراز. وبناء على ما تقدم إذا ما اقتسم الورثة التركة مع وجود الدين وتراضوا عليها بأقوالهم، كان عملهم هذا مكونا من عنصرين الأول الإفراز والثاني التزامه فأما التزامه فلا يصح لوجود الدين وتعلق حق الورثة بالأعيان، ولا تأثير لذلك في الإفراز، فإذا ما أدى الدين أو زال التعلق بسبب من الأسباب، أو رضى الدائنون بالقسمة فقد زال المانع من نفاذ هذه الأقوال التي صدرت بالتزامها، وأمكن حينئذ تجديدها والتزام الإفراز القاسم بواسطة الأقوال، أو بواسطة ما يدل على الرضا بها من فعل كقبول الأنصبة وتسلمها، إذ لا معنى لإعادته، لأن ذلك عبث لا يقبل، وأما الإفراز فهو عمل صحيح قائم ما بقى، فلا يؤثر فيه وجود الدين حتى ينتقض وبهذا يمكننا أن نفهم ما جاء في الأنقرية نقلا عن القاعدية لو اقتسم الورثة التركة يكون موقوفا إلى أن يقضى الدين، ومعنى ذلك أن عملهم يكون موقوفا لا يلزم أحدا حتى يقضى الدين، فإذا قضى كان بقاء كل حصة في يد صاحبها ملزما له فتصبح القسمة حينئذ لازمة، لأن أداءهم الدين مع تمسكهم بها دليل على التزامها، وبهذا البيان يندفع ما قد يقال: كيف تنفذ القسمة عند الحنفية إذا ما انتهى تعلق الديون بالتركة مع أنهم صرحوا بأنها باطلة والباطل عندهم لا ينقلب صحيحا.

ذلك ما يجب أن يفصل به رأي الحنفية فيما يظهر لي، وهو على هذا لا يكاد تختلف نتيجته عما ذهب إليه كل من الشافعية والحنابلة وأكثر المالكية في قسمة التركة المدينة. فقد علمت مما مضى أن الشافعية يجعلون التركة ملكا للورثة بمجرد الوفاة – وإنه ملك تعلق به حق الدائنين تعلق الدين بالعين المرهونة به – فيمتنع لذلك على الورثة أن يتصرفوا فيها ومن ذلك قسمتها. فلا يجوز لهم اقتسام تركة مورثهم

قبل أداء ديونه، سواء أكانت محيطة بتركته أو غير محيطة، لأن تعلقها بجميع الأعيان مانع من التصرف فيها على أية حال. ولذا كان للدائن أن يستوفي دينه من أية عين من التركة يجدها في يد أي وارث، دون أن يعير ما تم من القسمة بين الورثة التفاتا. ولكن إذا ما قام الورثة بأداء الديون كلها، أو دفعوا إلى أربابها قيمة جميع أعيانها عندما تكون الديون أكثر من التركة ورضوا منهم بذلك فلم يطلبوا أخذها نظير ديونهم جميعها، أو أبرأ الدائنون المتوفى من ديونهم جميعا، أو نحو ذلك مما تسقط به الديون وينتهي به تعلقها بأعيان التركة، فإن القسمة حينئذ تصح وتنفذ على ما يظهر من كلامهم. بل قد جاء في نهاية المحتاج للرملي من باب تعلق الديون بالتركات: إنه لو أدى وارث من الدين قسط ما ورثه من التركة فإن حصته الموروثة منها تنفك من الدين، وينتهي تعلقه بها، ويصح لصاحبها أن يتصرف فيها، وذلك صريح في أنها تسلم له وتصح القسمة بالنسبة لها فقط. وقد فرعوا على ذلك، أن الدين لو كان لوارث فإنه يسقط منه بقدر حصته من التركة منسوبة إلى جميع التركة، فإن كان ما يستحقه منها النصف مثلا سقط من الدين نصفه، وهكذا، وبذلك تسلم له حصته من التركة وكأنه أخذها نظير ما خصها من الدين المستحق له، ثم يرجع بعد ذلك على بقية الورثة ببقية الدين إذا كان في حصصهم وفاء وإلا باعها في الباقي له.

هذا وإن القول بصحة القسمة ونفاذها عند الشافعية لأولى بالقبول منه عند الحنفية لثبوت ملك الورثة لأعيان التركة وقت القسمة عند الشافعية، وعدم ثبوت ملكهم لها عند الحنفية.

أما الحنابلة فيرون أن تعلق الدين بأعيان التركة لا يمنع صحة قسمتها بين الورثة سواء أكانوا يعلمون بالدين وقت القسمة أم لا يعلمون، فإذا قام الورثة بأدائه جميعا من أموالهم لزمت، وكذلك إذا أداه أحدهم تبرعا منه، أو تنازل عنه الدائنون، فإن امتنع الورثة عن وفائه بطلت القسمة، وبيعت التركة، فإن وفى أحدهم حصته من الدين دون الآخرين على أن تسلم له حصته من التركة صح ذلك، واستقر ملكه في حصته ولم تبع. وبيع نصيب الآخرين فيما يقابله من الدين.

وأساس ذلك عندهم أن تعلق الدين بأعيان التركة كتعلق أرش الجناية برقبة العبد الجاني كما قدمنا، وهذا النوع من التعلق لا يمنع من التصرف، والقسمة ضرب منه، ولذا يجوز للورثة أن يتصرفوا في التركة وأن يتقاسموا بينهم، كما يجوز لسيد العبد الجاني أن يبيعه مثلا. وإذن فالفرق في رأيي بين من يقول بصحة القسمة ابتداء كالحنابلة، وبين من لا يقول بذلك إلا بعد سداد الدين أو انتهائه كالحنفية، إنما يظهر عند إرادة التنفيذ، فالحنابلة يلزمون الورثة بها بعد تمامها من جهتهم، ولا يجعلون لهم الحق في نقضها مع بقاء الديون متعلقة بها، وإنما يجعلون ذلك للدائنين إذا لم تؤد إليهم حقوقهم، والحنفية والشافعية لا يلزمون الورثة بها، ويجعلون لكل وارث حق إبطالها، وإن لم يطلب الدائنون ذلك، ما دامت الديون متعلقة بالتركة، هذا ما يظهر لي من عباراتهم[1].

وأما المالكية فلهم في قسمة التركة المدينة أقوال[2]:

الأول: أن قسمة التركة بين الورثة قبل سداد الديون المتعلقة بها لا تجوز شرعا مراعاة لحق الله تعالى لقوله تعالى: ﴿... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾﴾ [النساء]. وهذا رأي بعيد عن الصواب كما سنرى.

الثاني: أن هذه القسمة صحيحة غير لازمة كما ذهب الحنابلة، وذلك لتعلق حق الدائنين بأعيان التركة، فإن انتهى هذا التعلق لزمت. وعليه فإذا اقتسم الورثة التركة وهي مدينة ثم أدوا الدين جميعا، أو أداه أحدهم عنهم احتفاظا بنصيبه واعتياضا عنه بما أدى حتى يسلم له، أو تنازل عنه الدائنون، لزمت القسمة ولم تنقض. ومثل ذلك في الحكم ما إذا أبقى الورثة للدائنين من التركة ما يفي بديونهم ثم اقتسموا الباقي، فلا يكون لهم أيضا حق الاعتراض على القسمة إذا قبضوه، إذ ليس لهم حق في الأعيان، وإنما حقهم يقتصر على الاستيفاء، وفيما بقي وفاء لهم، فإن أبى الورثة أداء ديونهم إليهم حينئذ، ولم يجد الدائنون وفاء لديونهم، نقضت القسمة، وبيعت التركة في سداها. وإذا أراد أحد الورثة أن يدفع حصته من الديون على أن تسلم له حصته من

(١) راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع ج ٤ ص ٢٢٧.
(٢) راجع الحطاب والبهجة والرهوني والبداية لابن رشد.

التركة كان له ذلك عند بعض المالكية، وهو رأي الحنابلة والشافعية كما تقدم، وليس له ذلك عند آخرين إلا أن يرضى بذلك غيره من الورثة كما في كتاب الشامل.

ومن هذا يتبين أن القول بفساد القسمة إذا ما وقعت قبل سداد الديون لا يرجع إلى حق الله تعالى وإلا ما صحت في هذه الأحوال المتقدمة لأن حق الله تعالى فيها على المعنى المبين لم يرتفع، وإذن لا تصح القسمة فيها لبقائه. قال اللخمي إن القول بفساد القسمة بسبب طروء الدين خارج عن الأصول. وإنما المعروف هو صحة القسمة ولكن يتعلق بها حق الدائنين، ألا ترى أنه لو رضي الدائنون أن يلتزمه الورثة في ذمتهم ويتقاسموا التركة جازت قسمتهم، ولو كان النهي لحق الله تعالى لم يجز ولم يؤثر رضاهم، فكل موضع يجوز فيه التراضي ممن له حق فيؤثر أثره لا يوصف بالفساد عند عدمه، لأن الفاسد ما تعلق به حق الله تعالى كالربا فلا يجوز بالتراضي عليه أ هـ وهذا القول الثاني هو أشهر الأقوال عند المالكية[1].

الثالث: أن التركة إذا ما وجد فيها أعيان قيمية أو كانت كلها أعيانا قيمية فحكم قسمتها قبل سداد الديون هو ما تقدم في القول الثاني، وإن كانت جميعها نقودا أو من المثليات ولا تزال في يد الورثة فإن قسمتها قبل سداد الدين تكون صحيحة لازمة ولا تنقض، وذلك لإمكان الرجوع حينئذ في كل حصة بقدر ما يخصها من الدين، فلا يحتاج حينئذ إلى نقضها لعدم الفائدة، ومحل هذا بالضرورة إذا كان الدين أقل من التركة، وإلا أخذها جميعا الدائنون في ديونهم. وهذا بخلاف التركة التي تحتوي على أعيان قيمة، لأن أداء الدين منها في هذه الحال يذهب بالإفراز المطلوب بين الورثة، وكذلك الحال إذا كانت التركة كلها مثلية فاستهلك أحد الورثة حصته، لأن الدائن حينئذ يأخذ كل دينه من بقية الحصص، فلا يبقى لأصحابها مقدار ما يستحقون من التركة، فيزول بذلك أثر القسمة وهو الإفراز والعدل بينهم فتبطل.

وسند صحة القسمة في الحال الأولى أن المثليات تقسم جبرا ويسهل توزيعها فإذا أخذ الدين من كل حصة على حسب ما انتهت إليه القسمة من حصص ومقادير لم يخل

---

(١) راجع البهجة.

ذلك بالإفراز ولا بأثر القسمة، فتبقى لذلك، بخلاف الحالين الأخرين. ويرى أصحاب هذا الرأي أن الوصية المرسلة بمبلغ من النقود كمائة جنيه مثلا لها هذا الحكم المتقدم، فهي كالدين في عدم نقض القسمة إذ ما ظهرت بعد القسمة وكان المقسوم من جنس الموصى به، وأما إذا كانت بجزء شائع من التركة كالثلث والربع ثم ظهرت بعد القسمة فإن القسمة تنتقض بظهورها إذا كان في التركة أعيان قيمية، لزوال الإفراز، أما إذا كانت التركة في هذه الحال نقودا أو مثليات كالمكيل والموزون فإنها لا تنتقض، إذ يمكن حينئذ الرجوع في كل حصة بما يخصها من الوصية دون ضرر مع بقاء الإفراز، بخلاف ما إذا كان فيها قيميات إذ تنتقض القسمة كما قدمنا لزوال الإفراز حينئذ بالشركة في العين القيمية، وسيأتي بيان ذلك في بيان تعلق حق الموصى له بالتركة إن شاء الله تعالى.

هذا ويلاحظ أنه إذا ظهر دين بعد قسمة التركة بين الورثة وقد استهلك بعضهم حصته فأصبح معدما، فإن الدائن في هذه الحال يستوفي دينه مما بقى من أعيان التركة اتفاقا، في يد أي وارث وجد هذه الأعيان، فيأخذ المليء عن المعدم والحاضر عن الغائب، ذلك لأن الدين مقدم على الميراث فتنقض القسمة ويستوفى الدين مما بقى من الأعيان، وهذا ما تختلف فيه الوصية عن الدين كما سيأتي[1].

والنتيجة الإجمالية لهذه الآراء المتقدمة كلها أن قسمة التركة جميعها بين الورثة قبل أداء الدين بالنسبة للورثة بعضهم مع بعض صحيحة عند الحنابلة وعلى أشهر الأقوال عند المالكية سواء أكان الدين محيطا أم غير محيط، فعليهم تنفيذها ما لم يعترض الدائنون، وليس لأحدهم نقضها حينئذ لتمامها من جهتهم. وغير صحيحة عند الحنفية والشافعية فليس عليهم تنفيذها وليس لبعضهم إجبار باقيهم عليها لعدم صحتها حينئذ وإن لم يعترض الدائنون ما دام الدين باقيا فإذا سقط لسبب من الأسباب لزمتهم فليس لأحدهم حينئذ نقضها.

أما بالنسبة إلى الدائنين فهي غير ملزمة لهم عند الجميع ما دام حقهم باقيا لم يسدد، ولذلك كان لهم نقضها لاستيفاء حقوقهم إلا إذا كنت التركة جميعها من جنس الدين

(١) راجع القسمة والتقليس في بداية المجتهد والحطاب والمواق والزرقاني.

ولا يزال في يد كل وارث منها مقدار ما يخص حصته من الدين، فإن القسمة حينئذ لا تنقضي عند بعض المالكية ويستوفي الدائنون دينهم من كل حصة بقدر ما يخصها من الدين حينئذ إذا ما قل الدين عن التركة. وأما إذا برئ المتوفى من ديونه بأي سبب كما تقدم بعد القسمة، فإن القسمة حينئذ تمضي وتلزم الدائنين اتفاقا وليس لهم نقضها لأن حقهم في الاستيفاء وقد تم.

حكم تصرف الورثة في التركة بغير قسمتها:

بينا ما لقسمة الورثة التركة المدينة من الأحكام عند الأئمة الأربعة، ونريد الآن أن نفصل القول في بيان الأحكام المتعلقة بتصرفات الورثة في التركة المدينة مبتدئين برأي من يراها غير صحيحة، سواء أكان من الفريق الذي يقول بانتقال التركة المدينة إلى ملك الوارث بالوفاة أم من الفريق المخالف.

رأي الحنفية:

من القواعد العامة عند الحنفية أن تصرف الإنسان فيما لا يملكه ولا يلي عليه يكون صحيحا موقوفا على الإجازة ممن يملكه أو يلي عليه وقت حدوث ذلك التصرف، إن أجازه نفذ وإن رفضه بطل، فإن لم يكن له مجيز وقت مباشرته وقع باطلا أو فاسدا على الخلاف في ذلك ولا تصححه إجازة بعد ذلك. وقد بنوا على ذلك أن تصرف الفضولي في ملك غيره موقوف على إجازة مالكه فإن أجازه نفذ وإن رفضه بطل، وإن هبة الفضولي لمال القاصر تقع باطلة، لأنها تصرف لا مجيز له عند وقوعه. وإذن يكون من النتائج الواضحة التي تترتب على قول الحنفية «بأن الدين يمنع الوارث أن يتملك التركة وأنها تبقى على حكم ملك المتوفى، وأن ليس للدائن في التركة إلا حق استيفاء دينه منها»، إن تصرف الوارث فيها قبل أداء الدين تصرف باطل، لأنه صادر ممن ليس له ملك ولا ولاية، وليس له مجيز عند مباشرته، لأن التركة كما قلنا تعتبر باقية على حكم ملك الميت، والميت لا يستطيع إجازة. وهذه نتيجة تلزم جميع من يقول منهم بأن الوارث لا يتملك التركة المدينة، سواء أحاط بها الدين أم لم يحط. فإذا تصرف فيها بالبيع أو بالهبة أو بالوقف أو بالرهن أو بالإجارة أو بالإعارة

أو بالصلح ونحو ذلك كان ذلك التصرف باطلا ما دام قبل سداد الدين، فإذا سدد الدين بعد ذلك لم ينقلب هذا التصرف بسداده صحيحا، ويدل على أن الحنفية يرون ذلك ما يأتي:

١- **ما نقل عن الطحاوي**: الدين المستغرق يمنع الوارث أن يملك فلا يبيع شيئا من التركة ولا يهب، ولو وهب ثم سقط الدين لم تنفذ هبته.

٢- **ما جاء في جامع الفصولين**: لا يجوز صلح الوارث في التركة المستغرقة.

٣- **ما جاء في الأنقروية**: إقرار الورثة بدين على الميت حال استغراق التركة لا يصح.

٤- **ما جاء في الفتاوى الهندية**: إذا كان على الميت دين فصولحت امرأته عن ثُمنها على عين من التركة لا يجوز هذا الصلح، لأن الدين في التركة وإن قل يمنع جواز التصرف. فإن طلب الورثة الجواز فطريق ذلك أن يضمن أحدهم دين الميت بشرط أن لا يرجع في التركة، أو يضمنه أجنبي بشرط براءة ذمة الميت، أو يؤدوا دين الميت من مال آخر، ثم يصالحوها عن ثُمنها أو صداقها على نحو ما قلنا فإن ذلك يجوز. فإن أجاز غريم الميت صلحهم وقسمتهم قبل أن يصل إليه حقه كان له الرجوع عن ذلك أ هـ.

٥- **ما جاء في جامع الفصولين**: لو كان على الميت دين، وكان للميت دين على رجل آخر، كان لمدين الميت ألا يقضي دينه ما لم يقض الورثة دين الميت، لأن مدين الميت لا يبرأ بدفعه الدين الذي عليه إلى الوارث ما دام الدين الذي على الميت باقيا.

٦- **ما جاء في نوازل أبي الليث**: أوصى بوصايا وعليه دين، فباع بعض الورثة بعض التركة، فقضى الدين ونفذ الوصايا، فالبيع فاسد إلا أن يكون ذلك بأمر قاض.

فالأحكام الأولى (١، ٢، ٣) خاصة بالتركة المستغرقة وتدل على عدم صحة تصرف الوارث فيها قبل أداء الدين، وعلى عدم صحة إقراره كذلك، وعلى أنه إذا تصرف فيها فسقط الدين بعد ذلك بسبب من الأسباب لم ينفذ تصرفه. وما نقلناه عن الهندية (٤) صريح في أن هذا الحكم لا يخص التركة المستغرقة بل يعم التصرف في

التركة التي لم يحط بها الدين إذا باشره الورثة قبل سداده، وأن الطريق لصحة تصرفهم فيها هو قيامهم أولا بتخليصها من الدين، إما بإيفائه من أموالهم الخاصة تبرعا منهم، وإما بأن يضمنه الوارث أو أجنبي بشرط براءة ذمة الميت حتى يكون ذلك من قبيل الحوالة عليهما فينتقل الدين إلى ذمتهما. ثم إذا أردوا بعد ذلك التصرف فيها تصرفوا فينفذ تصرفهم ويلزم.

وهو كذلك صريح في أن إجازة الدائنين لهذا التصرف قبل إيفائهم ديونهم لا تلزمهم، وأن لهم أن يرجعوا عنها متى أرادوا، وهذا ما يهدد تصرف الورثة في أي وقت، ولا يجعل له صفة الاستقرار والنفاذ، وذلك دليل على أن الإجازة لا أثر لها، ولعل منشأ ذلك، بقاء حق الميت في سداد دينه وأن إجازة الدائنين لا تسقطه، وقد يُرَى في العبارة أنها تفيد نفاذ تصرفهم إذا أجازه الدائنون، ولكنه لا يكون لازما بل يبقى نفاذه رهن إرادة الدائن، وهذا إن أريد على بُعده كان فيه غرر كبير بمن يتصرف مع الورثة، ولذا فإننا نستظهر أنه غير مراد، وأن تصرفهم يستمر موقوفا مراعاة لحق الميت في سداد دينه، وخاصة إذا لوحظ أننا لم نعثر على مثل هذا الحكم للحنفية. والحكم المنقول - وإن كان خاصا بالصلح - يعم جميع أنواع التصرفات، إذ لا فرق بين تصرف وآخر، ولأن الصلح من ناحية أخرى يتشكل بأقرب العقود إليه من بيع أو إجارة أو غير ذلك.

وكذلك ما نقل عن نوازل أبي الليث (٦) يدل على فساد تصرف الوارث في التركة غير المستغرقة ولو كان من نتائجه قضاء الدين المتعلق بها وتنفيذ الوصية الواجبة فيها، وهذا ما يفيدك اطمئنانا بأن إجازة الدائن للتصرف لا تجعله نافذا قبل سداد دينه، وإلا لنفذ تصرفه في مثل هذه الحال. وقد شرط لعدم صحة هذا التصرف ألا يكون بأمر قاض، لأنه لو حصل بأمر قاض نفذ، إذ ليس تصرفا من وارث في هذه الحال، بل من وصي أقامه القاضي، لأن إذن القاضي له بهذا التصرف يجعله نائبا عنه فيه، وذلك هو وصي القاضي.

أما الحكم المنقول عن جامع الفصولين (٥) فيدل على أن قبض الوارث لديون التركة المدينة لا يبرئ ذمة المدين إلا بعد سداد الدين الذي عليها، حتى يكون ذا ولاية

على قبض ما لها من ديون، وإذا لم يكن ذا ولاية على قبض ما لها، لم يكن كذلك ذا ولاية على التصرف فيها.

وعلى الجملة فالنتيجة أن ليس للورثة ولاية التصرف في التركة المدينة باعتبار أنهم مالكين لها. وهذا لا ينفي أن يكون لهم حق التصرف فيها باعتبارهم خلفاء الميت فيها، فيتصرفون في حدود ذلك ولمصلحة المتوفى كالبيع لسداد دينه وتنفيذ وصيته لا لأنفسهم، ولذا اختلف الحنفية فيمن له ولاية بيع التركة المستغرقة لسداد الدين، فمنهم من جعلها للقاضي لا للورثة، وعلى ذلك ما جاء في التنوير والدر: من أن ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين لأجل سداد الديون للقاضي بحكم ولايته العامة لا للورثة، لعدم ملكهم لها، وقد علق على ذلك ابن عابدين في حاشيته على الدر: بأن ولاية بيعها لسداد الديون كما تكون للقاضي بحكم ولايته تكون أيضا للورثة إذا طلب منهم الغرماء ذلك لرضاهم به، أما إذا باعوها بدون رضاهم فلا ينفذ بيعهم. وقد نص الفقهاء على أن القاضي إذا باعها لسداد الدين بحكم ولايته لا يجوز له أن يبيعها إلا بحضرة الورثة، لما لهم من حق إمساكها وقضاء الدين من أموالهم، نص على ذلك الشرنبلالي في حاشيته على الدر، والحموي في حاشيته على الأشباه والنظائر. ومن الحنفية من جعل ولاية بيع التركة المستغرقة لأجل سداد الديون لكل من القاضي والورثة، القاضي لولايته العامة، والورثة لخلافتهم عن الميت، فيكونون في ذلك كالوصي الأجنبي غير الوارث، فإنه له بيع التركة لذلك بطريق الخلافة، ومما يتفرع على هذا ما في الذخيرة: قالت الورثة في التركة المستغرقة لا نتعرض لها، ولا نبيعها ولا نقضي الدين من مالنا، قيل يبيعها القاضي، أو الوصي عن الميت، وقيل يجبرون على البيع إذا طلب الغرماء ذلك، فإن امتنعوا باعها القاضي وقضي الدين وبمثل ذلك يمكن أن يعلل ما قد يرى في بعض الفروع من جواز تصرف الوارث في التركة المستغرقة.

ذلك هو رأي من يقول من الحنفية بأن الوارث لا يتملك التركة المدينة مطلقا. وعليه إذا تصرف الورثة في التركة المدينة بالبيع مثلا فإن الدائنين يتبعون أعيانها أين

ذهبت لبطلان هذا التصرف. ولا يستطيع المشتري دفعهم وإنما يرجع على من باعه من الورثة بما أداه إليه من ثمن.

أما من يرى منهم غير هذا الرأي في الدين الذي لم يحط بالتركة، ويذهب إلى أن الوارث يمتلك معه جميع التركة، أو يذهب إلى أنه لا يتملك منها معه إلا ما فضل عن مقداره، فإن رأيهم هذا يقضي بجواز تصرف الوارث فيها ما دام لم يضر بحق دائنيها، ذلك لأنها إما مملوكة له وقد تعلق بها حق الدائن فتصير حينئذ شبيهة بالعين المرهونة من ناحية أنها مملوكة للوارث وحق الدائن متعلق بها كالعين المرهونة فإنها مملوكة للراهن وحق المرتهن متعلق بها، وإن ذلك لم يمنع الراهن من أن يتصرف فيها فينفذ تصرفه ما دام لم يمس حق المرتهن، وإما مملوك بعضها للوارث دون بعضها الآخر فتشبه المال المشترك وتعطى لذلك حكمه من ناحية أن لأحد الشريكين أن يتصرف في حصته بشرط ألا يمس حصة غيره، وعلى ذلك تكون النتيجة الإجمالية لهذين الرأيين أن تصرف الوارث صحيح ما دام لم يمس حقوق الدائنين، فإذا مس حقوقهم توقف لذلك، وبناء على ما ذكر إذا ما تصرف فيها الوارث فترك من أعيانها ما يقوم بسداد ديونها أو سدد ديونها فعلا من ثمن ما تصرف فيه، أو باعها للدائن نظير دينه، أو قام الوارث فعلا بسداد الدين من ماله، إذا حصل شيء من ذلك نفذ تصرف الوارث دون حاجة إلى تجديده، ويؤيد ذلك ما ننقله إليك من الأحكام الآتية المنقولة عن جامع الفصولين والأنقروية والفتاوى الهندية والقنية:

١- للوارث بيع حصته من التركة لسداد حصته من الدين لا بيع حصة غيره لأنها ملك غيره.
٢- لو غاب الوصي فباع بعض الورثة بعض التركة لسداد دين الميت وتنفيذ وصاياه فسد البيع إلا يكون بأمر قاض، وهذا في التركة المستغرقة، وإلا نفذ تصرفه في حصته، إلا أن يكون المبيع بيتا معينا من دار أو ما أشبه ذلك، أي فلا ينفذ تصرفه حينئذ لأنه باع ما لا يملك مع ما يملك.
٣- بيع الوارث للتركة غير المستغرقة ينفذ في جميعها إذا انحصرت فيه وإلا فبقدر حصته.

٤- بيع الوارث شيئا من التركة لأداء الدين يجوز إذا لم يكن الدين محيطا بها.

٥- لو أخذ بعضهم عينا من التركة ليقضي من ماله دينا على الميت، ورضي بذلك باقي الورثة لم يجز إلا برضا الغرماء، إذا كان الدين محيطا، وإلا جاز ويكون هذا بيعا من بقية الورثة لأنصبتهم في العين نظير ما عليهم من الدين، لأنهم لو دفعوها إلى أجنبي لأداء الدين صح، وكان ذلك منهم بيعا فكذا هذا، ولو كان الدين محيطا لم يصح، أي لم يصح حينئذ دفعها لأجنبي لأداء الدين لأنهم لا يملكون.

٦- لو باع الوارث دارًا من التركة بلا إذن باقيهم وكفن الميت بغير إذنهم جاز البيع في حصته لو لم تكن التركة مستغرقة بالدين.

٧- قال صاحب جامع الفصولين بعد أن نقل بعض الأحكام المتقدمة ما نصه: فدل هذا وما قبله على أن بيع الوارث شيئا من التركة، يجوز قبل أداء الدين إذا لم يستغرقها أ هـ.

هذه الأحكام المتقدمة بينة الدلالة على جواز تصرف الوارث في التركة التي لم يحط بها الدين عند الحنفية، وقد يفهم من الإطلاق في بعضها أن ذلك الجواز غير مقيد بقيد عدم المساس بحقوق الدائن كالإطلاق الموجود في الحكم الثالث، ولكن الذي يظهر لي أن هذا الحكم مقيد بعدم الإضرار بحقوق الدائنين ويدل على ذلك أمور:

الأول: ما جاء في الحكم المنقول أولا من تقييد البيع الجائز بأن يكون لسداد الديون، ومعنى ذلك أن تكون نتيجة هذا البيع سداد ما يخص الحصة المبيعة من الدين، سواء أكان ذلك بدفع ثمنها فعلا في الدين عن طريق المقاصة إذا كان البيع للدائن، أم عن طريق الأداء إليه إذا كان البيع لغيره، ولا يمكن أن ينصرف ذلك الشرط إلى اشتراط نية السداد عند البيع وإلا كان الشرط في جواز البيع نية باطنية لا يمكن علمها ولا الاطلاع على حقيقتها، ومثل ذلك لا يصح أن تبنى عليه معاملات الناس بعضهم مع بعض. واشتراط السداد فعلا لجواز البيع يدل على أن هذا التصرف لم يجز إلا لأنه كان في مصلحة الدائن، وقد جاء هذا الشرط في الحكم الثاني والرابع والخامس أيضا.

الثاني: ما جاء في جامع الفصولين وغيره:

أ- للوارث أن يأكل من التركة لو في غير المأكول وفاء للدين ولا وارث سواه.

ب-باع الوارث الكبير شيئا من التركة، ليس للوصي نقضه إن كان في يده شيء غير ذلك يستطاع أن يباع فيسدد من ثمنه الدين وتنفذ الوصايا.

فهذان الحكمان يدلان صراحة على تقييد التصرف - ولو كان بالأكل منها - بعدم الإضرار بحق الدائن. وإذن يحمل عليهما غيرهما من الأحكام المطلقة التي لم تشر إلى هذا القيد، لأنها في موضوع واحد والجمع بينها بذلك أولى من الذهاب إلى أنها أحكام أنتجتها مذاهب في الموضوع مختلفة.

الثالث: مقتضى القواعد الفقهية العامة التي توجب المحافظة على الحقوق اللازمة المستقرة كحق المرتهن وحق المستأجر وحق الدائن عند تصرف المريض وعند الحجر للدين. فإن هذا الأصل العام يوجب المحافظة على حق الدائن في التركة إذا تصرف الوارث فيها، بل المحافظة في هذه الحال أوجب منها عند تصرف المريض في ماله، لأنه إذا منع المريض وهو مالك من أن يتصرف محافظة على حقوق دائنيه، فلأن يمنع وارثه من بعده أولى، وظني أن ذلك لا ينبغي أن يكون موضع ريبة أو خلاف حتى تطرد القواعد وتتسق الأحكام.

ومقتضى ما تقدم أن الوارث إذا تصرف في التركة التي لم يحط بها الدين فباع منها عينا أو وهب أو أجر أو رهن كان هذا التصرف صحيحا نافذا ما بقى في التركة ما يفي بسداد ديونها. وكذلك إذا تصرف في جميع أعيان التركة فأجاز الدائن هذا التصرف، لإسقاطه حقه وهو تعلق الدين بها، وذلك لأن هذا التعلق ما كان إلا لأجله، وإذا كان له أن يسقط الدين فأولى أن يسقط ما يكون لوجود الدين من أثر وهو تعلقه بأعيان التركة، غير أنه يظهر لي أن حقه في الوفاء ينتقل إلى البدل إن كان هناك بدل، وقد قدمنا أن هذه الإجازة لا تلزم الدائنين وأن لهم أن يرجعوا عنها، وقدمنا ما لاحظناه على ذلك وما انتهى إليه رأينا فيه. وهذا كله مع ملاحظة أن التصرف قد صدر من الورثة جميعا أو من الوارث المستقل بالتركة وإلا اقتصر هذا التصرف على حصة المتصرف دون حصة غيره كما هو بين من الأحكام المتقدمة.



رأي الشافعية:

تبين لنا مما مضى أن الشافعية على رأس الفريق الذين يذهبون إلى أن الوارث يتملك التركة المدينة بمجرد وفاة مورثه، ولكنهم مع ذلك لا يذهبون إلى جواز تصرف الوارث فيها حال قيام الدين، ذلك بأنهم يرون أن الوارث إنما يتملكها في هذه الحال مشغولة بحق الدائن، وإن هذا الحق متعلق بجميع أعيانها تعلق الدين بالعين المرهونة به كما تقدم، سواء أكان الدين محيطا بها أم غير محيط. ولذا لم يجز له أن يتصرف فيها مع تعلق هذا الحق بها، كما لم يجز للراهن أن يتصرف في العين المرهونة مع قيام الدين، لا فرق في ذلك بين أن تكون التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة، لأن تعلق الدين بجميع أعيانها ثابت في الحالين، وعلى ذلك إذا باع الوارث منها عينا أو وهبها أو أجرها أو رهنها أو صالح عليها كان ذلك منه تصرفا باطلا لا يصح ولو سدد بعده الدين أو برئت ذمة المتوفى، لأن التصرفات عندهم إما صحيحة وإما باطلة وإذا وقعت باطلة لم تصح بعد ذلك.

ومن هذا علمنا أن تصرف الوارث في التركة المدينة إنما بطل مراعاة لحق الدائنين لتعلق حقهم بمالية التركة عند حصول التصرف، وكان مقتضى هذا أنه إذا تصرف الوارث بإذن الدائنين صح تصرفه ونفذ كما ينفذ تصرف الراهن في العين المرهونة إذا كان بإذن من المرتهن ولو ترتب عليه نقل ملكيتها إلى شخص ثالث، وذلك لتنازل صاحب الحق عن حقه، ولكن الشبراملسي من علماء الشافعية ذكر في حاشيته على النهاية أن تصرف الوارث في التركة المدينة غير صحيح، ولو كان بإذن من رب الدين، وهذه تفرقة لا تتفق مع قولهم بأن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالعين المرهونة به؛ ولعل سبب هذه التفرقة أن المرتهن إذا أذن الراهن بالتصرف في العين المرهونة كان ذلك منه تنازلا عن الرهن وإبطالا له، فتخلص العين من حقه، ويصير الدين بلا رهن، وأن الدائن إذا أذن الوارث بأن يتصرف في التركة المدينة لم تبرأ بإذنه ذمة المتوفى، ولا تزال نفسه معلقة بدينه حتى يقضى عنه، فإذا تضمن إذنه نزولا عن حقه بقي حق المتوفى في سداد دينه، فلا يصح تصرفه بناء على ذلك. وقد استثنوا من

ذلك تصرف الوارث في التركة لسداد الديون فجعلوه صحيحا إذا كان بإذن من جميع الدائنين، أو بإذن من القاضي، ولم يكن الثمن أقل من القيمة؛ لأن ذلك يعد من باب المسارعة إلى قضاء دين الميت وتخليص نفسه بإيفاء ديونه لأربابها، فتوافرت بذلك التصرف مصلحة الميت ومصلحة الدائن وما بطل تصرفه إلا لأجل ذلك.

هذا ومن الشافعية من يرى عدم تعلق الدين بجميع أعيان التركة إذا كان أقل من قيمتها كما قدمنا، وأنه لا يتعلق حينئذ إلا بقدر منها، لأن الحجر في المال الكثير لأجل التافه الحقير غير مقبول، ومقتضى هذا الرأي أن تصرف الوارث في هذه الحال يكون نافذا ما دام في التركة من الأعيان ما يقوم بسداد الدين، وهذا الرأي مع وجاهته وموافقته لأرجح أراء الحنفية خلاف الظاهر عندهم، والأصح عندهم أن الدين وإن قل يمنع الوارث أن يتصرف في التركة قبل سداده[1].

وبناء على ما تقدم إذا تصرف الوارث في التركة الخالية من الدين صح تصرفه ونفذ ما دام لم يتعد حصته منها، فإذا ما طرأ بعد ذلك دين كأن يكون المتوفى قد حفر قبل وفاته حفرة في غير ملكه فتردى فيها حيوان بعد وفاته فتلف فلزمه بذلك ضمانه، أو كأن يرد بسبب العيب مبيع باعه المتوفى قبل وفاته على وارثه بعد تصرفه في التركة، لم يبطل بذلك تصرفه، إذا كان الوارث المتصرف موسرا، وألزم الوارث في هذه الحال بأداء ما لزم الميت من ضمان، أو برد ما أخذ من ثمن، فإن لم يقض ذلك من ماله بسبب من الأسباب فسخ تصرفه، واتبع صاحب الحق أعيان التركة حيث وجدت حتى يستوفي حقه، ثم يرجع من أخذت منه العين، على من باعه إياها بما دفع فيها من ثمن.

ولا شك أن في هذا الحكم إجحافا بحق من تلقى الملك عن الوارث، لأنه إنما اشترى منه عينا لا يتعلق بها حق وقت الشراء، فيجب أن تسلم لمشتريها، فإذا طرأ بعد ذلك حق لآخر، وجب أن يتعلق هذا الحق ببدل تلك العين إن كان لها بدل، أو بذمة الوارث المتصرف إن لم يكن لها بدل، وألزم حينئذ بالضمان في ماله إن كان له مال كما هو المذهب، بشرط ألا يتجاوز ذلك الضمان قيمة العين المتصرف فيها وقت التصرف،

(١) راجع النهاية وحواشيها.

فإن لم يكن له مال فنظرة إلى ميسرة، ولا سبيل إلى من تصرف معه، وإلا ضاعت الثقة بالورثة وأحجم الناس عن معاملتهم فيما يرثونه لأمور وهمية يجب ألا يقام لها وزن في التشريع.

والنتيجة النهائية أن الشافعية يرون أن تصرف الورثة في التركة المدينة بأي دين قبل سداده تصرف باطل، فإذا صدر تبع الدائنون أعيان التركة حيث كانت. وكان للمشتري مثلا الرجوع بما أدى على من باعه من الورثة.

رأي المالكية:

وأما المالكية فقد علمت أنهم من الفريق الأول الذين يذهبون إلى أن الوارث لا يتملك التركة المدينة إلا بعد وفاء ما عليها من الديون، ومع ذلك فمذهبهم في الحكم على تصرف الوارث في التركة المدينة قبل سداد الدين يختلف بعض الاختلاف عما ذهب إليه الحنفية فيه، وذلك لاختلافهم في الأسس التي بنوها عليها آراءهم. فمن المتفق عليه بينهم أن ما يتركه المدين من مال بعد وفاته تتعلق به حقوق دائنيه، وأن حق الدائن فيه مقدم على حق الورثة لقوله تعالى: ﴿... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾﴾ [النساء]. وإن هذا التقدم يقتضي ألا ينفذ للوارث في التركة المدينة تصرف إذا ما حصل قبل أداء الدين، وإن ذلك قد يتخذ أمارة على عدم ثبوت ملكه لها في هذه الحال، وذلك عند الحنفية سبب يقتضي عدم صحة التصرف لعدم وجود المجيز له كما قدمنا، وأما عند المالكية فقد اختلف النظر، فمنهم من ذهب إلى اعتبار هذا حقا لله تعالى بمقتضى الآية المتقدمة الذكر، وبنى على ذلك أنه لا يصح للوارث أن يتصرف في التركة المدينة قبل أداء الدين، سواء أكان الدين مستغرقا أم غير مستغرق. وسواء أكان في باقي التركة بعد تصرفه وفاء بالدين أم لا. ويدل على ذلك ما في البهجة نقلا عن الوثائق المحمودية: إذا أوصى بقطيع من ماله أو كان عليه دين لم يجز لأحد من الورثة قبل أداء الدين أو تنفيذ الوصية بيع شيء من التركة لا مشاعا ولا مقسوما، وإن باع شيئا وإن قل فسخ البيع، لقوله

تعالى: ﴿ ... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾ ﴾ [النساء]. قال صاحب البهجة وظاهر هذا النص أن بيع الوارث لشيء من التركة قبل أداء الدين يفسخ، وإن التزم الورثة الدين أو كان في باقي التركة وفاء به، وهذه رواية أشهب عن مالك، وقال في موضع آخر ولا يجوز الصلح في التركة قبل وفاء الدين أ هـ. ومن الواضح أن التصرفات كلها في ذلك سواء، وهذا يتفق في النتيجة مع رأي الشافعية المتقدم وهو فساد تصرف الوارث في التركة المدينة قبل سداد الدين، وعدم صحته بعد ذلك، ولو قام الوارث بسداده أو تنازل عنه ربه.

ومن المالكية من ذهب إلى اعتبار ذلك حقا للدائن لا حقا لله تعالى، قال صاحب البهجة: هل النهي عن البيع قبل أداء الدين لحق الله تعالى أو لحق المخلوق؟ ذكر ابن عرفة أنهما قولان ثم نقل عن ابن محرز وعن الشامل ترجيح أحدها وهو أنه حق للمخلوق وإن ذلك أشبه بظاهر الكتاب.

وبناء على هذا القول يكون تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيحا إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر به كأن يأذن به قبل مباشرته، أو يتنازل عن دينه، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يسدد منه الدين. لا فرق في ذلك بين أن يكون الدين محيطا أو غير محيط. قال في البهجة نقلا عن الشامل: ويمنع الوارث من بيع شيء من التركة قبل وفاء الدين، فإن فعل ذلك، وكان في باقي التركة وفاء بديونهم، أو قام الورثة بدفع هذه الديون من أموالهم أو تنازل الدائنون عن ديونهم، نفذ البيع ولزم، وإن لم يقدر الدائنون على أخذ ديونهم إلا من البيع فلذلك حالتان:

الأولى: أن يكون الورثة عالمين بالدين وقت تصرفهم، أو أن يكون الميت مشهورا بأنه مدين، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه، فإذا دفعها لزم البيع ورجع على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته.

الثانية: أن يكون الورثة غير عالمين بالدين ولم يكن الميت مشهورا بأنه مدين، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه، ويرجع الغرماء على الورثة بقدر الثمن، سواء أكان

فيه وفاء بالدين أم لا، ولا رجوع لهم على المشتري بشيء، وإن أصاب الورثة عدما، إلا إذا حاباه الورثة في البيع، فإن حوبي فيه رجع الغرماء عليه بقدر المحاباة فقط، وعلى البائعين من الورثة بالثمن كما ذكرنا، وهذا الحكم هو رواية ابن القاسم وهو أظهر الروايتين. وفي المدونة: إذا توفي شخص وفى ماله وفاء لما عليه من دين، فباع الورثة من ماله ما سددوا به دينه، ثم اقتسموا الباقي من تركته فاستهلكوه في شؤونهم، فجاء بعد ذلك غريم آخر أقام البينة على دينه، وكان ذلك بعد أن أصاب الورثة عدما، فليس للغريم أن يتبع الغرماء الذين استوفوا ديونهم من الورثة، ولكن يتبع الورثة إذا كان الذي بقى من التركة يكفي لسداد دينه، فإن كان دينه أكثر رجع على الغرماء بما يصير له عندهم لو أنه كان حاضرا فحاصهم. فإذا توفي رجل عن ٢٥٠ دينارا، وكان مدينا بثلاثمائة دينار لثلاثة أشخاص بالسوية، فأعطى الورثة منها دائنين حقهم، ثم جاء الثالث فأقام البينة على دينه فإنه في هذه الحال يتبع الورثة بخمسين دينارا باقي التركة، ويرجع على الغريمين الآخرين بما يكمل نصيبه لو أنه كان حاضرا فحاصهم، وهو لو حاصهم لكان له خمسة أسداس ماله، أي ثلاثة وثمانون دينارا وثلث دينار، أخذ منها ٥٠ دينارا، فيرجع بالباقي وهو ثلاثة وثلاثون دينارا وثلث دينار مناصفة بين الدائنين الآخرين، فيكون لكل منهم ثلاثة وثمانون دينارا وثلث دينار.

فإن لم يترك الميت إلا مقدار الدين الذي دفعه الورثة إلى الغريمين، وهم لا يعلمون بالثالث، لم يرجع هذا الغريم الثالث إذا حضر على الورثة بشيء، وإنما يرجع على الغريمين الآخرين بقدر حصته لو حاصهم، فإن كان الورثة يعلمون دينه عند الأداء إلى الغريمين الآخرين، رجع بحصته أيضا عليهما، فإن أصابا عدمًا رجع على الورثة بها لأنهم أضاعوا حقه بالدفع إلى غيره مع علمهم به، وللورثة أن يتبعوا الغريمين بما دفعوا، يأخذونه منهما عند الميسرة، لأنهم أخذوا من التركة فوق ما لهما بالمحاصة.

ذلك ما ذهب إليه المالكية ومنه ترى أن رأيهم الأول وهو عدم صحة تصرف الوارث متسق مع قولهم بأن لا ملك لوارث في التركة قبل أداء ما عليها من ديون.

وأن رأيهم الثاني وهو صحة التصرف ما دام لم يمس حق الدائن لا يتسق معه، إذ كيف يصح تصرف الوارث في تركة لا يملكها، ولعل مرجع هذا أنهم يعتبرون الوارث خليفة عن مورثه، وأن صحة تصرفه قبل ثبوت ملكه مبنية على هذه الخلافة. أو أنهم يرون أن ما للوارث من حق في التركة يجعل مآلها إليه «إذا ما أدى إلى رب الدين دينه، أو تنازل رب الدين عن حقه»، كاف في صحة تصرفه ونفاذه إذا ما زال المانع منه، وهو تعلق حق الغير الذي منع من ثبوت الملكية. واعتماد صحة التصرف على مثل هذا الأساس يؤيده بعض الفروع المنقولة عنهم، فقد نقل عنهم أن هبة الوارث في مرض موت مورثه لما سيرثه منه صحيحة لازمة، إذا كان يعلم حصته من التركة، وعللوا ذلك بأنها آيلة إليه، وبأن غرضه في الحقيقة أنه إنما يهبه هذه الحصة إذا ملكها، وقد فرق أكثرهم بين هبة الوارث حال صحة مورثه وبين هبته حال مرض مورثه، فلم يجعلوها لازمة إلا في حال المرض، لتعلق حقه بها حال ذلك. وإذن فلا مانع من أن تكون صحة تصرف الوارث في التركة المدينة من هذا القبيل وإلا فلينظر وجه قولهم بالصحة[1].

رأي الحنابلة:

عند الحنابلة كما ذكرنا روايتان، إحداهما أن الدين يمنع الوارث أن يتملك التركة المدينة سواء أكان لله - سبحانه وتعالى - أم للعباد وهي رواية ابن منصور، ويراها بعض الحنابلة عامة تعم الدين المستغرق وغير المستغرق ويراها آخرون خاصة بالدين المستغرق. والأخرى أن التركة المدينة تنتقل بالوفاة إلى الورثة مشغولة بالدين، ولا يمنع الدين الوارث أن يتملكها، وهي أصح الروايتين واختارها أبو بكر والقاضي أبو يعلى وأصحابه وقال ابن عقيل إنها المذهب.

وبناء على الرواية الأولى يكون تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين فاسدا؛ لأنه تصرف فيما لا يملك، كما جاء في الشرح الكبير، وكذلك الحكم عند قليل ممن اختاروا الرواية الثانية، لأن الوارث - وإن كان مالكا عندهم - يمنع من صحة

(١) راجع الرهوني ج ٧ ص ١٧٦.

تصرفه تعلق حق الدائنين بالتركة كما يمنع الرهن الراهن من أن يتصرف في الرهن لتعلق حق المرتهن به وهذا رأي مرجوح كما بيَّنا.

أما على رأي الجمهرة من المالكية الذين اختاروا الرواية الثانية فتصرف الوارث فيها صحيح نافذ ما دام لم يمس حق الدائنين، فإذا باع شيئا منها أو وهبه أو رهنه صح تصرفه ونفذ إن قضى الدين أو التزمه، فإن لم يقضه أو التزمه فعجز عن وفائه، ولم يجد الدائن وفاء إلا من الشيء المتصرف فيه، فسخ التصرف، لا فرق في ذلك بين الدين المستغرق وغير المستغرق، وهذا هو المذهب، قال صاحب كشاف القناع. ومقتضى هذا أن الوارث إذا التزم الدين فامتنع عن أدائه مع قدرته على ذلك أجبر على الأداء ولم يفسخ البيع، ومن الحنابلة من يرى أن تصرف الورثة في التركة يترتب عليه مطالبتهم بديونها وإن لم يضمنوها، لأن إقدامهم عليه يعتبر كأنه ضمان لها، ولكن أيطالبون حينئذ بالديون كلها وإن زادت عن قيمة التركة أو يطالبون بمقدار قيمتها فقط؟ روايتان[1].

هذا إذا كان التصرف والدين قائم، فإذا تصرف الوارث ولا دين، ثم طرأ بعد ذلك دين، بأن رد مبيع باعه المورث قبل موته لظهور عيب فيه، أو ضُمِّن المورث بعد موته قيمة حيوان تردى في حفرة حفرها في غير ملكه حال حياته، فلم يقم الوارث برد الثمن في الصورة الأولى، ولا بدفع الضمان في الصورة الثانية، كان لصاحب الحق حينئذ طلب فسخ التصرف فيتبع أعيان التركة إن وجدت، ليستوفي منها حقه، وقد ذكرنا مثل هذا الحكم عن الشافعية - قال ابن رجب في قواعده: ومقتضى ما ذكروه من أن تصرف الوارث في التركة المدينة ينفذ إذا أدى الورثة الدين، أنه لا ينفذ إلا بأدائه جميعه ولو كان أكثر قيمة من التركة، ولكن جاء في الكافي أن الورثة إذا تصرفوا في التركة لا يضمنون بتصرفهم إلا الأقل من قيمة التركة ومقدار الدين، وعلى ذلك إذا كان الدين أكثر من التركة قيمة فأدوا إلى الدائنين قيمة أعيان التركة فقط نفذ تصرفهم. وهذا أظهر؛ لأن لهم قبل التصرف

(١) راجع القواعد.

كما سيأتي أن يستخلصوا أعيان التركة بأداء قيمتها إلى الغرماء لا بأداء ديونهم إذا ما زادت عن قيمتها.

ومما تقدم يتبين لنا أن رأي الحنابلة على ما اختاره الجمهور متفق مع رأي المالكية، وإن اختلف الأساس فيما بينهم.

وإذن فالنتيجة الإجمالية أن للأئمة في حكم تصرف الوارث في التركة المدينة ثلاثة آراء:

الأول: عدم صحة تصرفه فيها مطلقا سواء أحاط الدين بها أم لم يحط وهو قول جمهرة الشافعية وقول لبعض المالكية ومقتضى رواية عن أحمد، وعلى هذا الرأي لا ينقلب التصرف صحيحا بسداد الدين أو بالنزول عنه من أصحابه.

الثاني: عدم صحة تصرفه فيها إذا كان الدين محيطا بها. ويقع في هذه الحال باطلا فلا يصح بعد ذلك إذا سدد الدين أو تنازل عنه ربه. أما إذا كان غير محيط فيصح تصرفه كما بيناه من قبل إذا لم يضر بالدائن وهو رأي جمهور الحنفية.

الثالث: صحة تصرف الوارث فيها مطلقا أحاط الدين بها أم لم يحط بشرط ألا يمس حقوق الدائنين على ما بينا، وهو قول جمهرة المالكية وجمهرة الحنابلة، وهذا القول عندي هو أرجح الأقوال وأولاها بالقبول، فقد رجحنا فيما مضى قول من ذهب إلى أن الوارث يتملك التركة المدينة بمجرد الوفاة مثقلة بحقوق الدائنين، لأنه أبعد الأقوال عن افتراض أمور غير موجودة، وأشدها اتساقا مع القواعد كما بيَّنا، ولأن سبب المالكية قد تحقق وهو الوراثة الناشئة عن الوفاة فيترتب عليه أثره وهو ملك الوارث. غير أن ذلك الملك لا يسقط حقوقا للدائنين تعلقت بمال المتوفى، فيثبت فيه مع بقاء الحقوق متعلقة به، وإذا ثبت وجب أن يترتب عليه أثره وهو صحة التصرف في ذاته على ألا يمس هذه الحقوق القائمة المتعلقة بالمال، فإذا مسها وجب إبطاله وهذا القدر كاف في رعاية هذه الحقوق وكفالة بقائها والمحافظة عليها، فلا ينبغي أن يتجاوز – من غير ضرورة – إلى ما هو أبعد أثرا فيحكم بعدم ثبوت الملكية

للوارث في التركة المدينة حتى يبنى على ذلك بطلان التصرف فيها بطلانا تاما، وهذا هو رأي الحنابلة على أصح الروايتين عندهم، فقد علمت أنهم يجعلون الوارث مالكا للتركة المدينة بمجرد الوفاة مع تعلق حقوق الدائنين بها، وأن تصرفه فيها قبل أداء الدين نافذ إذا مضى الدين أو وجد الدائن في باقي التركة وفاء أو تنازل عنه ربه أو التزمه الوارث وكان موسرا إلى آخر ما ذكرنا.

واعلم أنه قد احتدم النزاع بين علماء القانون الوضعي من المصريين في حكم تصرف الوارث في التركة قبل سداد ما عليها من ديون حوالي سنة ١٩١٣. ولم يكن مرجعه إلى خلافهم فيما تقضي به الشريعة الإسلامية في ذلك، وإنما كان مرجعه إلى خلافهم فيما يدل عليه القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الأهلية المصرية. أيدل على وجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يرفع إلى تلك المحاكم من نزاع في ذلك، دون تقييد أو تعديل، ودون نظر إلى ما تقضي به مبادئ القوانين الوضعية، والأسس التشريعية والقضائية التي جرى عليها العمل، على أن يكون ذلك كالاستثناء من أحكام القانون العامة، فيرجع إلى الشريعة الإسلامية في بيان حقوق كل من الورثة والدائنين في التركة، وكيفية تعلق هذه الحقوق بها، وآثار هذا التعلق بوجه عام في تصرفاتهم إلى غير ذلك، أم يدل على أنه لا يرجع إلى الشريعة إلا في بيان الورثة فقط، ومقدار أنصبائهم، أما ما عدا ذلك فيجب أن يرجع فيه إلى نصوص القانون المدني وأسسه العامة المعروفة؟

اختلفت آراؤهم في ذلك واختلفت المحاكم المصرية عند التطبيق. وليس من شأننا أن نرجح رأيا على رأي لأن ذلك إنما يرجع إلى شرح القانون وفهمه، وهو بذلك أولى وإليه أقرب، غير أني أريد أن ألفت النظر إلى مسألتين من مسائل هذا الخلاف كثر فيهما الكلام والنقاش:

الأولى: أن حلول الدين المؤجل بوفاة المدين لا يرتبط بصحة تصرف الوارث في التركة المدينة أو بعدم صحته، بمعنى أن أحدهما لا يستلزم الآخر، فكل منهما أثر ونتيجة لمبدأ مستقل. فقد علمت أن صحة تصرف الوارث أو عدم صحته، إنما يرجع

فيها إلى ما تعتمد عليه الصحة من ثبوت الملكية للمتصرف حين يتصرف أو ثبوت خلافته ونيابته عن المورث في هذا التصرف، أو إلى مراعاة أن المتصرف فيه آيل إليه إلى آخر ما ذكرنا. أما حلول الدين بالوفاة أو عدم حلوله فإنما يرجع فيه إلى تحديد ما ينتقل بالوفاة من المورث إلى الوارث من الحقوق والالتزامات على ما بيناه في بحثنا السابق في هذا الموضوع، وإن شئت قلت يرجع إلى تحديد مدى قيام الوارث مقام مورثه بعد وفاته، أيقوم مقامه ويخلفه في جميع ما كان له من حق على الصفة التي كان عليها، ويلتزم بما كان ملتزما به على الوجه الذي كان عليه، فيلتزم بدين مورثه المؤجل مؤجلا كما كان، ويخلفه فيما له من ديون على الناس مؤجلة على صفتها، أم يخلفه فقط في جميع ما يترك من أموال وحقوق ملحقة بالأموال على ما بيّناه في بحثنا السابق؟ وعلى ذلك فلا يخلفه في التزاماته وإنما تصير بموته متعلقة بما يتركه من تركة، فإذا كان عليه دين مؤجل يصبح بمجرد الوفاة متعلقا بالتركة مطلوب الوفاء منها، وبذلك يسقط الأجل ويحل الدين ضرورة أن الأجل ليس إلا إرجاء لمطالبة المدين، ولا مدين حينئذ حتى ترجأ مطالبته وتؤخر.

وقد شرحنا هذه المسألة شرحا وافيا في بحثنا الذي أشرنا إليه ومنه تعلم عدم ارتباط حلول الدين بمسألة صحة تصرف الوارث إلا عن بعد، وأنهما مسألتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى، كما تعلم منه أيضا أن هذه المسألة محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فجمهرتهم على أنه يحل بالوفاة للسبب الذي ذكرناه، وأن الوارث لا يصح أن يلزم بما لم يلتزم به من تعهدات مورثه، وإلا لحقه بذلك عظيم الضرر وهو أمر بدهي، وذهب بعض المالكية كما ذكره الرهوني في حاشيته وبعض الحنابلة كما جاء في المغني والشرح الكبير إلى أنه يبقى بعد الوفاة مؤجلا كما بيّنا، وإن اختلفوا في محله حينئذ، فالمالكية يجعلون محله التركة كما تقدم فلا يطالب به الوارث على أنه مدين به، والحنابلة اختلفوا فيما بينهم كما قدمنا، فمنهم من ذهب إلى رأي المالكية، ومنهم من جعله باقيا في ذمة المورث، فاعتبرها موجودة بعد الوفاة، لحديث نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه، ومنهم من جعله في ذمة الوارث فألزمه به، ولكن في حدود التركة فلا يطالب بأكثر من قيمتها، فإذا أردت تفصيلا أوفى فارجع إلى بحثنا هذا.

الثانية: أن شريعة المتوفى التي أوجب القانون المدني الرجوع إليها في هذا الموضوع هي الفقه الإسلامي بالنسبة للمسلمين، وأنت تعلم أن آراء فقهاء المسلمين مختلفة، ومذاهبهم متعددة، حتى إنك لترى أن ذلك الرأي الذي ذهب إليه بعض الباحثين من علماء القانون، وأوجب على المحاكم تطبيقه في هذا الموضوع، لأنه مقتضى القانون، وما تدل عليه أحكامه، وما تقضي به مبادئه، وهو أن الوارث تؤول إليه جميع حقوق مورثه، ويلتزم بواجباته شخصيًّا بشرط ألا تتجاوز مقدار الحقوق التي انتقلت إليه، وأن تصرفاته في التركة قبل سداد ديونها صحيحة باعتباره مالكا لها بالإرث، وأن الوارث يعتبر على الجملة مكملا لشخصية المورث. إنك لتراه على الجملة مذهبا لبعض الفقهاء فقد نقل صاحب المغني عن القاضي أبي يعلي الحنبلي أن ديون الميت تنتقل عند وفاته إلى ذمم ورثته بالحال التي هي عليها بقدر ما يترك من تركة، فتصبح ذمم الورثة مشغولة بما كان مطالبا به مورثهم من الديون، ولكن في حدود ما تركه من أموال، فلا يطالبون بأكثر منه، ومن النتائج الحتمية لهذا الرأي أن الدين إذا كان للورثة سقط منه بقدر حصصهم فيه لاتحاد الطالب والمطلوب.

وقد تقدم لك أن بعض المالكية والحنابلة يرون أن الأجل لا يسقط بموت المدين، وبناء على ذلك يترك للدين المؤجل عند وفاء الديون بعد الوفاة حصة من التركة بقدر ما يخصه بالمحاصة، فتكون هذه الحصة ملكا للورثة على مذهب الحنابلة لهم زوائدها وثمراتها ومنافعها لا يشاركهم فيها أحد من الدائنين، فإذا كانت هذه الحصة دارا مؤجرة كان للورثة أجرتها إلى أن يحل الدين، لا يشاركهم فيها الدائنون، وكذلك إذا كانت أرضا زراعية فإن لهم زراعتها وحاصلاتها خاصة بهم، وبذلك ينتفع الورثة من بقاء الأجل. وتكون هذه الحصة المتروكة للدين المؤجل تركة للميت عند المالكية لا ملكا للورثة، وبناء على ذلك تكون منافعها وزوائدها وثمراتها تابعة لها، فتقسم بين الدائنين جميعا على حسب ما بقى لهم من ديونهم بعد القسمة السابقة، فإن بقى شيء بعد ذلك كان للورثة، وبذلك ينتفع الجميع من بقاء الأجل. وكذلك علمت أن تصرفات الوارث في التركة المدينة قبل سداد الديون تعتبر صحيحة نافذة بشرط ألا تمس حقوق الدائنين وهذا موضع يظهر فيه الفرق بين التشريعين الإسلامي

والتشريع الفرنسي، فالتشريع الإسلامي يقضي بأن الديون قلت أو كثرت تتعلق بأعيان التركة فلا تستوفى إلا منها. وعلى ما ذهب إليه في بعض الحنابلة من أنها تنتقل بالوفاة إلى ذمة الورثة في حدود التركة، تعتبر أيضا متعلقة بأعيانها فلا ينفذ على الوارث في أمواله الخاصة التي لم يرثها عن مورثه المدين، وإنما ينفذ عليه فيما ورثه عنه فقط، فلا يتجاوزه التنفيذ إلى أمواله الخاصة، إلا إذا تعدى على الأعيان التي ورثها فأتلفها مثلا ولم يبق في التركة وفاء، فيكون بذلك التعدي ضامنا ضمانا شخصيًّا فينفذ عليه لذلك فيما كان يملكه ملكا خاصا، وإذن تكون نتيجة شغل ذمته أن يطالب شخصيًّا بالأداء مما ملك ميراثا، فهو مدين وما ملكه بالميراث في حكم الأعيان المرهونة بذلك الدين، فيقتصر حق الدائن عليها ما بقيت، كالمرتهن إنما يستوفي دينه ابتداء مما تحت يده من الأعيان المرهونة، ولا يتجاوزها إلى غيرها مما يملكه الراهن ما دام في الرهن وفاء.

أما التشريع الفرنسي فإنه يجعل الوارث قائما مقام مورثه في كل شيء إذا ما قبل التركة على علاتها ولم يشترط الجرد، فتعتبر حينئذ ديون مورثه كأنها ديون شخصية يطالب بها وينفذ بها في جميع ما يملك سواء انتقل إليها بطريق الميراث أو كان يملكه بطريق آخر، أما إذا قبلها بشرط الجرد فإنه يعتبر مدينا في حدودها، فلا يطالب بأكثر مما انتقل إليه من الحقوق، ولا ينفذ عليه في أمواله الخاصة، فإذا تصرف فيها نفذ تصرفه وكان ضامنا بذلك التصرف مسئولا أمام الدائن في أمواله الخاصة بقدر ما تصرف، ولا يرجع الدائن على العين المتصرف فيها في يد من تملكها. ومن هذا نرى أن مذهب الجرد قريب جدا مما ذهب إليه بعض فقهاء المسلمين من الحنابلة لا فرق بينهما إلا في الحكم على تصرف الوارث، فالتشريع الفرنسي يجعله صحيحا نافذا ويترتب عليه الضمان للدائن وتسلم به العين المبيعة لمشتريها فلا يجوز للدائن أن يتبعها في يده ما حسنت نيته. وفقهاء المسلمين لا يجعلونه نافذا ما دام يمس حقوق الدائن ويجعلون للدائن الحق في أن يتبع العين المتصرف فيها في يد أي إنسان وجدت وإن حسنت نيته، إلا إذا قام الوارث بأداء الدين من ماله أو ضمنه للدائن على ما بيَّنا من قبل.

وفي رأيي أن التشريع الإسلامي أبعد نظرا وأحرص على بقاء الحقوق ورعايتها، ذلك بأن للدائنين حقوقا تعلقت بأعيان تركة المتوفى، فيجب أن تراعى هذه الحقوق،

وألا يرفعها وينهيها إلا أربابها، وهم الدائنون، فلا يؤثر فيها تصرف الوارث، ولا ترتفع به، وليس يكفي في ضمان حق الدائن أن يعتبر الوارث ضامنا بتصرفه، إذ قد يكون مُعْسرًا أو مماطلا سيئ المعاملة، لا يعني بسداد ما عليه. وإذن فيجب الإبقاء على هذه الحقوق. وأن يجعل للدائن الحق في أن يتبع العين المتصرف فيها أنى وجدت، ما دام الوارث لم يقم فعلا بتسديد ما له من حق. وما دام الباقي من التركة لا يقوم بالسداد، سواء أحسنت نية من انتقلت إليه ملكية العين أم لا وكان عليه ألا يقدم على الشراء إلا بعد التحقق من سلامة العين من الحقوق.

ومن هذا نرى أيضا أن النظر قد اختلف بين علماء الشريعة وعلماء القانون الوضعي، فعلماء الشريعة نظروا إلى حسن نية الوارث إذا تصرف، فقد علمت أنه إذا لم يكن له علم بالدين ولم يكن المتوفى معروفا به نفذ تصرفه وسلم، وكانت العين المبيعة لمشتريها على ما ذهب إليه المالكية، لا يرجع عليه الدائنون إلا إذا كان قد حوبي في الثمن، فيرجعون عليه بقدر المحاباة فقط، لا فرق في ذلك بين أن يكون الورثة موسرين أم معدمين. وإذا تصرف عالمًا بالدين فقط ظهر أنه يريد بتصرفه هذا الإضرار بالدائنين، فيرد عليه قصده ولا ينفذ تصرفه، ويكون للدائنين حق الرجوع على المشتري، فإما سلمهم العين، ثم رجع على الوارث البائع بما دفع من ثمن، وإما أدى إليهم قيمتها يوم تسلمها ورجع بذلك على الوارث، وقد رأيت في المدونة ما يفيد أن للدائن أيضا حق الرجوع على الوارث في هذه الحال إن أراد، لتعديه على حق الدائنين بذلك التصرف. ووجهة هذا التشريع أن هذا التصرف قد صحبه قصد الإضرار بالدائنين، فيرد على الوارث قصده بعدم إنفاذ تصرفه، ولا عبرة بحسن نية المشتري إذ كان الواجب عليه أن يتحرى ويتحقق من خلو العين من الحقوق، على أنه إن قام بذلك ولم يصل فقد تعلق بالعين حقان: حق الدائن وحقه، ولا بد من تقديم أحدهما على الآخر، ومن العدالة أن يقدم السابق زمنا، لأن له الأولوية، ويكون الوارث مسئولا أمام المشتري، لأنه قد خدعه وغره، ولا سبيل له على حق الدائن، لأنه ثابت قائم لا ينبغي أن يؤثر فيه سوء نية الوارث ولا انخداع المشتري ومطاوعته له. أما علماء القانون الوضعي فقد نظروا إلى حسن نية المشتري فاعتبروها،

ولم يلتفتوا إلى نية الوارث البائع، ولعل مرجع ذلك ما استحدث من نظم تسجيل الحقوق وإعلانها للكافة، وما انبنى على ذلك من اعتبار الدائن مقصرا إذا لم يبادر إلى تسجيل حقه، وعلى ذلك فاختلاف النظر نتيجة اختلاف الزمن.

وفي رأيي أنه إذا حسنت نية البائع وجب أن ينفذ التصرف ولو كانت نية المشتري سيئة، ذلك لأنه قد تلقى الملك من ذي أهلية تامة، وعسى أن يكون قد تدارك ما في البيع من نقص وهو ما لم يعلم بذلك، فبقى سوء النية من ناحيته في حين أن المبيع سليم من الحقوق المتعلقة به. وأما إذا ساءت نية البائع فإنه من الواجب ألا يُهمل مع ذلك حسن النية من المشتري. وفي تقدير ذلك ووزنه تختلف الأفكار، وتتفاوت الأحكام تبعا للنظم والظروف، وإذن فالفصل في النظريتين يجب أن يرجع فيه إلى ما جرى عليه العرف وسار عليه الناس، وذلك من الأمور التي تختلف باختلاف الزمن ومرجعها الاجتهاد والتقدير لا النصوص القاطعة التي لا تخالف.

كذلك نرى من المالكية وغيرهم من الفقهاء من يرى أن الوارث يعتبر مكملا لشخصية المورث إلى حد ما، فإذا ما كان المورث مستأجرا عينا من الأعيان فتوفي قبل انتهاء المدة، ولم تكن هذه الإجارة من العقود الخاصة التي يراعى فيها شخص المستأجر، وما يختص به من عمل، وما يعرف فيه من حذق، فإن وارثه يحل محله في هذه الإجارة ويصبح ملزما بها، وما أحسن ما ذهب إليه بعض المالكية في ذلك، فهو من خير ما أنتجه العقل البشري، ومن أسمى ما وصل إليه النظر الإنساني في التشريع، ورعاية العدالة، والمحافظة على الحقوق. فقد ذهب ابن رشد في بداية المجتهد إلى أن المستأجر إذا توفي في مثل هذه الحال كان الخيار لوارثه إن رضي أن يلتزم المؤجر بما بقي له من الأجرة - إن كان لا يزال له بقية منها - ويقوم مقام مورثه في العقد كان له ذلك، وحينئذ يكون للمؤجر خيار فسخ العقد فيما بقي من مدته، إذا كان لا يرضى بذمة وارث المستأجر، فإن الناس يختلفون في قضاء الحقوق كما يختلفون في المعاملة، فإن شاء أبقى العقد إلى نهاية مدته، وكان الوارث ملتزما بما له من الأجرة التزاما خاصا تشغل به ذمته، وينفذ به عليه في أمواله الخاصة، وأمواله المورثة، وإن شاء

فسخ العقد في بقية المدة، أما إذا أبى الوارث أن يلتزم المؤجر بما بقي له من أجرة، لأنه لا يرى ذلك في مصلحته، ولا يرى أن يلتزم بما التزم به مورثه، فعند ذلك يكون للمؤجر الخيار، فإن شاء فسخ العقد فيما بقي من مدته، وإن شاء استمسك به، وعند ذلك تؤجر العين في بقية المدة، وله أجرتها، فإن وفت بما له من أجرة قبل المتوفى فلا سبيل له على الوارث ولا على التركة، وإذا فضل شيء منها بعد الوفاة كان تركة، وإن لم توف كان الفرق واجبا فيما تركه المستأجر المتوفى من مال، فَيُحَاصِصُ به الغرماء إن ترك مالا وكان له غرماء آخرون، وإن لم يترك شيئا فهو كغيره من الدائنين الذين لا يجدون سدادا لديونهم عند وفاة مدينهم، فانظر كيف روعي حق الوارث فلم يلزم إلا بما يلتزم به، وروعي حق المؤجر فلم يفسخ العقد إلا إذا رضي بفسخه، وكان له على منافع العين المؤجرة حق امتياز في المدة الباقية، حتى لا يشاركه في بدلها غيره من الغرماء إلا بعد سداد ما له من أجرة، ثم بعد ذلك يكون أسوة الغرماء فيما قد يبقى له، بأخذه من التركة ويساهمهم فيها إن لم توف بكل ما عليها من ديون.

وإذا ما رجعت إلى ما كتبناه عن وراثة حق حبس الرهن وحق قبول الوصية وحق الشفعة وحق الخيار وغير ذلك من الحقوق الناشئة عن العقود في بحثنا الخاص بتأثير الموت في الحقوق والالتزامات اتضح لك إلى أي حد يرى علماء الفقه الإسلامي أن الوارث يعتبر مكملا لشخصية مورثه.

مما تقدم يتبين لنا أن من علماء التشريع الإسلامي من ذهب إلى ما ذهب إليه أخيرًا علماء التشريع الفرنسي أو إلى ما يقاربه، ولكن الواقع أن رأي الجمهور من فقهاء المسلمين في هذا الموضوع أبعد نظرا وأدق مدركا للأسباب الآتية:

الأول: أنه مبني على ما تميل إليه الفطر السليمة من أن الملتزم إنما يؤخذ وحده بما التزم به، ولا يصح أن يؤخذ بالتزام غيره كرها عنه.

الثاني: عدم إجبار الدائن على قبول ذمة لم يقبلها من قبل ولا يرضى أن تكون محلا لدينه الآن.

الثالث: حماية حقوق الدائنين بعد زوال ما ارتضوه من ذمة، حماية تكفل لهم طمأنينتهم، وذلك بأن تتعلق حقوقهم بأعيان التركة، وألا ينفذ فيها تصرف للورثة إلا بعد أداء حقوقهم إليهم.

الرابع: الاعتماد على الأمر الواقع وهو أن ثروة الإنسان إنما تقدر بالفرق بين ما له وما عليه، وأن الدائن لم يتورط في إدانة مدينه إلا اعتمادا على ما يملك من مال، وبناء على ذلك يجب ألا يكون للوارث إلا ما يبقى من التركة بعد سداد الديون.

وإذ علمنا ما تقدم وعلمنا أن مذاهب علماء الفقه الإسلامي في هذا الموضوع مختلفة وأن القانون المدني إنما يوجب الرجوع إلى شريعة المتوفى فقد يتردد الناظر في تعيين المذهب الذي يجب أن يرجع القاضي إليه، أيرجع إلى الأقرب لقواعد القانون المدني أم إلى ما يرتاح إليه ضميره من هذه المذاهب أم إلى المذهب الحنفي؟ ما أظن أن قرب مذهب من قواعد القانون المدني أو بعده عنها يصح أن يكون ميزانا يرجح به مذهب على آخر. إذ المعروف أن المشرع إنما راعى في ذلك وجوب المحافظة على ما يتصل بالدين، سواء اقترب من القانون أم ابتعد. فغرضه إنما يتجه إلى ذلك فقط، وليس قربه من القانون أو بعده محل اعتبار. وكذلك لا أرى أن يترك الأمر للقاضي فتكون له الخيرة فيما يذهب إليه من المذاهب؛ لأن ذلك يدعو إلى تناقض القضاء واضطرابه وعدم اطمئنان الناس إلى حقوقهم وما سيقضى به عليهم، والشريعة التي تطبق يجب أن تكون محددة معروفة، وإذن فإني أستظهر أن الأرجح هو الرجوع إلى المذهب الحنفي، لأنه المذهب الذي كان معمولا به قبل العمل بالقانون المدني، ولا يزال معمولا به أمام المحاكم الشرعية فيما يرجع الفصل فيه إليها من المسائل ولم يوضع له قانون موضوعي وخاصة فيما يتعلق بالوراثة والمنازعة فيها، فهو المذهب الذي يجب العمل به بطريق الاستصحاب، واستمرار الحال التي كانت قائمة، في جميع المسائل التي يجب الرجوع في الفصل فيها إلى الشريعة الإسلامية وكأن إطلاق الشريعة عليه أصبح عرفا قانونيا معروفا، وذلك هو المبدأ الذي سار عليه المجلس الحسبي العالي فيما رفع إليه من مسائل لم ينص على حكمها في قانون المجالس الحسبية.

ما تضمنه مشروع تنقيح القانون المدني:

وقد رئى أخيرًا أن يتدارك ما أظهره التطبيق والعمل من نقص في القانون المدني في المسائل التي عرضناها للبحث فضمن مشروع تنقيحه الأحكام الآتية:

١- فيما يختص ببيان التركة والتعريف بها وما تتكون منه من أموال وحقوق رئي أن يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية، كما رئى أن يرجع إليها في بيان الورثة، وبيان أنصبائهم، وذلك ما جاءت به المادة ١٣٠٧ من المشروع ونصها: «تعيين الورثة، وتحديد أنصبائهم، وانتقال أموال التركة إليهم، تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية، والتقنينات المستمدة منها، ما لم يرد فيها نص خاص».

ومن البين أن الرجوع إلى الشريعة في انتقال أموال التركة يتضمن الرجوع إليها في بيان ما ينتقل من الحقوق إليهم وما لا ينتقل، وفي بيان وقت انتقال التركة إليهم وشروطه. ولم تبين المادة أي المذاهب يرجع إليه في ذلك، وقد بينا لك رأينا في ذلك، وأنه مذهب الحنفية، وقد يكون في الأخذ به بعض الحرج، لأن مجال توريث الحقوق فيه ضيق، إلا إذا كان القانون قد تدارك ذلك بالنص على وراثتها عند بيان أحكامها.

غير أن المادة تدل على أن الأحكام الصادرة في الوراثة من المجالس الملية عند اتفاق الخصوم الخاضعين لها على عرض النزاع عليها لا يؤخذ بها أمام المحاكم الأهلية فيما تضمنته إلا إذا كان في ذلك نص خاص. فهل هذا النص موجود؟ وإذا لم يكن موجودًا فهل يمكننا أن نفهم أن الشارع المصري قد أراد من ذلك أن يوحد طريقة توزيع الثروة في المملكة المصرية؟

٢- أقر المشروع المذكور ما قررته الشريعة الإسلامية من حصر الحقوق التي تتعلق بتركة المتوفى في أربعة: حقه في تجهيزه، وحق دائنه في استيفاء دينه، وحق الموصى له في تملك ما أوصى له به إذا استوفت الوصية شروط نفاذها، وحق الورثة في تملك ما يبقى من التركة بعد هذه الحقوق، وذلك بين في مواده.

غير أن المادة ١٣١٤ تضمنت إلزام المصفي للتركة بأن يستصدر أمرًا من قاضي الأمور المستعجلة بأن يصرف منها إلى من كان المورث يعولهم نفقة كافية بالقدر

المقبول حتى تنتهي التصفية، على أن تخصم تلك النفقة التي يستولي عليها كل وارث من نصيبه في الإرث. وذلك عندي محل للملاحظة من وجهين: الأول: أن بعض من يعولهم المتوفى حال حياته قد لا يكونون من ورثته فينقطع حقهم في أمواله بمجرد وفاته، فلا يجوز حينئذ أن يعطوا نفقة من تركته. وقد تدفع هذه الملاحظة بأن المراد بمن يعولهم من كان من ورثته كما يؤيد ذلك النص الفرنسي وانتهاء الإنفاق بانتهاء التصفية.

الثاني: أن هذا الالتزام قد جاء في المادة عاما، وقد تكون التركة مستغرقة بالدين فلا يكون للورثة فيها حق الإنفاق منها، بل تكون جميع أموالها بعد صرف ما يحتاج إليه في تجهيز المتوفى مخصصا لسداد الديون، فكيف يلزم المصفى في هذه الحال بما ذكر؟ وليس يكفي في دفع هذه الملاحظة ما جاء في المادة بعد: «على أن تخصم النفقة التي يستولي عليها كل وارث من نصيبه في الإرث» فإن هذه العبارة، وإن دلت على أن التركة غير مستغرقة بالديون، لم توضع في المادة موضع القيد، وقد يكون المراد منها أن ذلك يكون عندما يوجد في المعطى إليهم ورثة.

٣- يستفاد من مواد المشروع أن ديون المتوفى تتعلق بكل ما يترك من أموال لكي تستوفى منها، وهو رأي يكاد يكون محل إجماع الباحثين، كما يستفاد من بعضها أن هذا التعلق لا يمنع الورثة أن يتملكوا التركة من وقت حدوث الوفاة، فإن الفقرة الثانية من المادة ١٣٣٣ تدل على أنه يجوز للورثة عند انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التي لا يحتاج إليها في تصفية التركة، أو بأن يتسلموا بعضها، وذلك لا يكون إلا لأن المشروع يعتبرهم مالكين لهذه الأشياء، وأنها إنما حجزت عنهم لتعلق حقوق غيرهم بها، ولذا رؤي ألا مانع من أن يتسلموها إذا ما تبين أن لا حاجة إليها في الوفاء بهذه الحقوق، على الرغم من وجود ذلك التعلق الذي استوجب أن يكون ذلك التسليم بصفة مؤقتة، وقد علمت أن هذا الرأي الذي مال إليه المشروع رأي كثير من العلماء.

وليس يعارض استنتاجنا هذا ما جاء به نص المادة ١٣٣٢ وهو: «يؤول ما بقى من أموال التركة بعد تنفيذ التزاماتها إلى الورثة كل بحسب نصيبه» ولا نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٣٣ وهو: «يسلم المصفي إلى كل وارث ما آل إليه من أموال التركة» إذ يظهر لي أن المراد بأيلولة الباقي من التركة إلى الورثة خلوصه لهم.

ولهذا الحكم أهميته، وذلك لما يترتب عليه من آثار وأحكام تتعلق بصحة تصرف الورثة في أموال التركة واستيفائهم لديونها، وحيازتهم لها، وقسمتهم إياها بينهم، ومقدار ما يلحقهم بسبب تلك التصرفات من ضمان لحقوق غيرهم المتعلقة بها، وما إلى ذلك من النتائج. وكان من المستحسن مع هذه الأهمية أن يعني واضع المشروع ببيانه بيانا صريحا حتى لا يكون محلا لتردد مرتاب، ولعله رأى أن يعمد إلى الغاية فيبينها، حتى يكفي الباحث مشقة البحث وجهد النظر فضمن المشروع بيان أحكام كثير من هذه المسائل، ولكنه اختص بها التركات التي عين لها مصف، فإذا ما أقر أصبحت واجبة الاتباع. وقد مكنه هذا السلوك من ألا يقتصر في تأسيس أحكامه هذه وبنائها على تملك الورثة للتركة بمجرد الوفاة، فراعى مع ذلك ما يتطلبه سد الذرائع وتجنب أسباب النزاع وتقليل أسباب الخصومات وتجنب النزاع بين الناس ما أمكن، فشرع في هذه التركات من الأحكام ما سنبينه.

غير أن القصد إلى بيان الأحكام الجزئية قل أن يحيط بجميع ما يعرف في المستقبل من الحوادث والخصومات، ولذا كان بيان الأساس أولى، ليكون قاعدة كلية ممكنة التطبيق على كل ما يحدث، وخاصة إذا لاحظنا أن ذلك الأساس سيكون إليه المرجع كذلك عند الفصل في كل ما يعرض من نزاع يتعلق بالتركات التي لم يعين لها مصف، فسيبنى عليه تحديد علاقة الورثة بالتركة عندما تكون مدينة أو خالية من الدين، وبيان مدى ولايتهم عليها، وما يتبع ذلك من الحكم على تصرفهم فيها وإدراتهم لها.

٤- لم يجعل المشروع تعيين المصفى أمرا واجبا، وحكمة ذلك ظاهرة. فقد لا تتحمل حالة التركة وقيمتها مصاريف التصفية وإجراءاتها. وإذن فمن التركات ما يعين له مصف ومنها ما لا يعين له. ولم نر للمشروع عناية إلا بالنوع الأول، وذلك لأهميته، فجعل الولاية عليه للمصفى، فله إدارتها واستثمارها وتدبير أمورها دون الورثة، وذلك ما يقضي به كثير من مواد المشروع كالمواد ١٣١٢، ١٣١٧، ١٣١٨ وغيرها، وبمقتضاها منع جميع الورثة من أن يتولوا بصفة الوراثة أمر إدارة التركة، أو أن يحوزوا شيئا من أعيانها، أو أن يتصرفوا في أموالها، أو أن يستوفوا دينا لها ولو بطريق المقاصة بين دين عليهم ودين للتركة إلا بعد حصولهم من القاضي الجزئي على شهادة التوريث الواردة في المادة ١٣٣٤، وذلك ما تقضي به المادتان ١٣١٢، ١٣١٦ فإذا حصلوا عليها كان لهم أن يتصرفوا فيها كل في حصته. وهذه الشهادة لا تعطى للوارث إلا بعد تصفية التركة وبيان ما لكل وارث فيها من سهام ومال لأنها تتضمن بيان كل ذلك.

وتعيين المصفى قد يراه القاضي إذا ما طلبه بعض الورثة لنزاع قام بينهم ولم تكن التركة مدينة، وقد يراه لوجود دين غير محيط بها، وعند ذلك يكون منع الوارث من التصرف في التركة محلا للنظر. فإننا إذا منعنا الورثة من التصرف عند إحاطة الدين محافظة على حقوق الدائنين، فلن نجد مبررا لمنعهم من التصرف عندما تكون التركة غير مستغرقة بالدين ولم يترتب عليه إضرار بالدائنين (وإن كان ذلك رأي جمهور الشافعية) أو عندما تكون خالية من الدين، إذ إن التركة في هذه الحال لا تعدو أن تكون مالا مشتركا بين أربابه، وما نظن أن مبادئ التشريع تقضي على الشركاء بالحجر إذا ما قام بينهم نزاع في إدارة المال المشترك، أو في طريقة الانتفاع بها، أو كانوا مطالبين بأداء ديونهم من بعضه؛ لأن الحجر ضرر لا يحتمل إلا لدفع ضرر أشد منه، ولا ضرر إذا ما تصرف الوارث في مثل هذه الحال، فإنه إذا باع حل المشترى في التركة محله بما اشتراه، وقد علمت أن جواز التصرف في هذه الحال رأي الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشافعية، ولذا فإن الأولى عندي الأخذ بهذا، إذ قد تدعو حال الوارث أو حال التركة إلى التعجيل بالتصرف بينما تطول إجراءات التصفية وزمنها، ومن العسير أن نقنع الوارث

بألا يتصرف في عين منها، في حين أن باقيها يزيد عن الحاجة في تسديد الديون. وقد يرى أن المشروع إنما آثر المنع ليقلل الخصومات ما أمكن، وليحول دون الغرر والخداع بالنسبة لمن تصرف مع الورثة، ولكن أي غرر وخداع إذا ما ظهر أن تصرف الوارث لم يضر بدائن وأنه إنما تصرف في ملكه وأن منعه إنما كان مجرد تحكم؟

٥- وكذلك منعت المادة ١٣١٥ الدائن بعد قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى مما يأتي:

أ- أن يتخذ أي إجراء على التركة أو أن يستمر في أي إجراء سبق أن اتخذه إلا في مواجهة المصفى، وذلك واضح بعد أن جعل أمر ولاية التركة إليه. غير أن عبارة الاستثناء هذه قد وضعت في المادة وضعًا قد يوهم أنه لا يرجع إلا إلى ما اتصل به فقط.

ب-أن يحصل على حق اختصاص على عقارات التركة، وعلة ذلك بينة، وهي عدم الإضرار بحقوق غيره من الدائنين، وعدم الحاجة إلى ذلك مع وجود المصفى لغرض التصفية التي منها سداد الديون.

٦- ومنعت المادة ١٣٣٠ الدائنين الذين لم يستوفوا ديونهم من التركة، لعدم ظهورها في قائمة الجرد التي قام بعملها المصفى، ولم تكن لهم تأمينات على أموالها أن يبيعوا أعيان التركة التي حصل تصرف فيها، أو رتب عليها حق عيني لصالح غير الورثة بحسن نية، بل تسلم لأصحاب الحقوق عليها، ولهم حينئذ أن يرجعوا على الورثة بسبب إثرائهم. وهذا الحكم لا يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة لما قدمناه من البيان، وهو إلى حد ما يتفق ما ذهب إليه المالكية، فقد علمت أنهم ذهبوا إلى أن الوارث إذا تصرف في التركة غير عالم بالدين، ولا بأن الوارث مدين، لم يكن للدائن أن يرجع على من اشترى من الورثة بشيء، وإنما يرجع على من باع من الورثة بقدر الثمن، سواء أكان فيه وفاء بالدين أم لا، وسواء أأعسر الوارث البائع أم لا، ما لم يكن في البيع محاباة ولم يكف الثمن فيرجع على المشترى أيضا بقدر المحاباة فقط وذلك رأي وجيه.

٧- وكذلك قضت المادة ١٣٣٢ وما بعدها بأن تكون قسمة التركة بين الورثة بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، إذ جعلت ذلك من عمل المصفى بعد قيامه بهذا السداد وذلك التنفيذ.

وقد أجازت المادة ١٣٤١ أن يقوم المورث حال حياته بقسمة تركته بين ورثته بوصية يوصي بها، فتنفذ قسمته هذه إذا روعي فيها قواعد الميراث، وإخراج ما تنفذ به الوصية إذا كان قد أوجب وصية، وعدم مجاوزة ما تجوز به الوصية للوارث والأجنبي على ما ذهب إليه مشروع قانون الوصية المعروض الآن للنظر والإقرار. ولا شك أن هذا الحكم يتفق مع مشروع قانون الوصية الجديد وإن كان لا يتفق مع ما ذهب إليه الجمهور من عدم نفاذ الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة.

وكذلك يشترط لنفاذ قسمة المورث أن يكون المتوفى قد راعى فيها ما تقضي به المادة ١٣٤٦ من وجوب تسوية ديون التركة، وأن يوافق الدائنون على هذه التسوية، وإلا وجب تسوية هذه الديون (إذا لم يتفق الورثة مع الدائنين على تسويتها) طبقًا للمادة ١٣٢٨، على أن يراعى بقدر الإمكان تنفيذ القسمة التي أوصى بها المورث، والأغراض التي قصدها منها والاعتبارات التي بنيت عليها.

٨- وكل ما مضى من الأحكام شرعه مشروع تنقيح القانون في التركات التي عين لها مصف. أما التركات التي لم يعين لها مصف فلا تطبق عليها هذه الأحكام، لأنها قد وردت فيه على أنها من أعمال المصفى وأثر من آثار تعيينه ووجوده. وإذن يكون المشروع لم يتعرض لهذه التركات إلا بالمادة ١٣٤٧، وهي تقضي بأن التركة التي لم تتم تصفيتها وفقا لأحكام المشروع السابقة وهي الأحكام التي بينا بعضها، سواء أكان ذلك راجعا إلى عدم تعيين مصف لها أو إلى أي سبب آخر خلاف ذلك، يكون لدائنيها العاديين أو للموصى لهم فيها بوصية مرسلة ما يأتي:

أولا: أن ينفذوا بحقوقهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح غير الورثة.

وإذا جاز لهم ذلك فأولى أن يجوز لهم التنفيذ على جميع أعيان التركة الأخرى التي لم يحصل فيها تصرف سواء أكانت عقارا أم منقولا.

ولكن لم يتعرض المشروع لجواز التنفيذ على المنقول الذي حصل فيه التصرف في هذه الحال، وقد تكون التركة كلها منقولا ويتصرف فيها جميعها، فماذا يمكن أن نفهمه من ذلك؟ أيكون الغرض المنع بناء على ما هو مقرر عند علماء التشريع الوضعي من أن حيازة المنقول المتصرف فيه تكسب حائزة قوة تمنع من التعرض له؟ أم أنه ترك هذا لكي تطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية، فيجوز حينئذ للدائن أن ينفذ عليه في يد أي إنسان يجده. يظهر لي أن غرضه هو الأول وإن كانت أماراته ضعيفة، وقد يرجح الثاني أنه ترك أمر هذه التركات لما هي عليه قبل ظهور هذا المشروع، حتى لا تضيع حقوق الدائنين، وإذن يكون ذلك التنفيذ محل نزاع القانونيين الذي أشرنا إليه فيما مضى. وفي رأيي أنه يجب تطبيق الشريعة، وخاصة بعد أن تقرر في هذا المشروع أنه يرجع إليها في انتقال أموال التركة إلى الورثة، وذلك يتضمن تقييد ولايتهم عليها إذا تصرفوا تبعًا لماهية هذا الانتقال وقيوده، وقد بيّنا اختلاف الآراء في ذلك وأن الكلمة قد اتفقت على أن حق الوارث يتعلق بجميع أعيان التركة من وقت الوفاة، وأن له أن يتبع أعيانها أنى وجدت.

ثانيا: أن هذا الحق يستمر لهم إذا توافر أحد أمرين: **الأول** أن يؤشروا بمقتضى أمر على عريضة بما لهم من ديون وحقوق في سجلات المحكمة المنصوص عليها في المادة ١٣٠٨، وأن يتم ذلك التأشير قبل أن يقيد الغير حقه على العقار. الثاني: أن يكون قد صدر أمر بتعيين مصف للتركة وقيد ذلك الأمر في سجله. فعند ذلك يكون للدائن العادي أو الموصى له الحق في تتبع عقارات التركة أنى وجدت، أما إذا لم يتم شيء من ذلك فلا يكون له هذا الحق إذا مضت سنة على وفاة المورث دون أن يقوم بالتنفيذ، ومقتضى ذلك أنه إذا أشرنا بما له من حقوق بعد مضي السنة وقبل أن يقيد الغير حقه على العقار لم يكن له حق التنفيذ على ذلك العقار الذي حصل التصرف فيه بعد ذلك التأشير، وهذا لا وجه له عندي، إذ هو منع من حق مقرر بغير مبرر، فقد كان على الغير أن يتبين ذلك التأشير قبل الإقدام على التصرف، وبناء على المادة لا يكون له حق التنفيذ بعد مضي السنة إلا على أعيان التركة التي لم يحصل فيها تصرف ولم يكتسب الغير حقا عينيا عليها، أما قبل مضيها فله أن ينفذ على أي عين لم يحصل

فيها تصرف وعلى أي عقار حصل فيه التصرف أو اكتسب الغير حقا عينيا عليه.
ومعنى هذا أن المشروع يمنع الناس من أن يتصرفوا مع الورثة في عقارات التركة قبل مضي سنة على الوفاة، وإلا كان العقار معرضا للتنفيذ عليه من دائني التركة.
ومما ذكر يتبين أن المشروع قد أغفل من أمر التركات التي لم يعين لها مصف ما يأتي:

١- حق الدائن أو الموصى له في الرجوع على منقول التركة إذا تصرف فيه الوارث بالبيع لغيره.
٢- حكم تصرف الوارث في أعيان هذه التركات على وجه الإجمال، وإن فهم مما مضى حكمه في بعض الأحوال، إذ جعل تصرف الوارث في عقار التركة باطلا إذا حصل بعد تأشير أرباب الحقوق بحقوقهم أو بعد قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى، أما إذا حصل قبل ذلك في السنة التالية للوفاة فإنه يكون موقوفا فإذا مضت هذه السنة دون تنفيذ على العين صح ولزم وإذا حصل تنفيذ عليها بطل وعند ذلك يكون للوارث في هذه الأحوال «البطلان» التنفيذ على العقار، أما عند صحته فلا يكون له إلا الرجوع على الوارث بسبب إثرائه، وهذا تنظيم لا بأس به وهو مزيج من آراء لكثير من الفقهاء، غير أنه ينقصه فيما أرى اشتراط حسن النية عند تصرف الوارث في السنة التالية لوفاة المورث قبل التأشير، وأنه إذا ساءت النية كان للدائن حق التنفيذ على العقار بلا قيد وما أظن ذلك بعيدا عن قواعد القانون.
٣- حكم إدارة هذه التركات وعلى أي أساس يكون استثمارها وحيازة أعيانها واستيفاء ديونها.
٤- قسمتها وكيف تتم وهل تنفذ قبل سداد الديون؟

والظاهر أنه آثر أن يترك أمر هذه التركات لأحكام الشريعة أو لأحكامها مع أحكام القانون العامة فيكون من وراء ذلك وقوع مثل هذا النزاع الذي أشرنا إليه فيما سبق، ويظهر لي أنه اضطر إلى ذلك أمام كثرة التركات الضئيلة وما يقتضيه وضع تشريع لها من إشكالات وتعقيدات لا حصر لها، ولكن ذلك لم يكن ليمنعه من وضع قواعد عامة تخفف من حدة ما يكون من نزاع، وإن فعل بعض ذلك بما قرره في المادة ١٣٤٧ التي شرحناها.

وبناء على ما بينا إذا عين لتركة مصف فإن ذلك التعيين يمنع الورثة من أن يتصرفوا في أي عين للتركة قبل الحصول على شهادة التوريث، فإذا تصرفوا قبل ذلك كان باطلا، وعندئذ يكون للدائنين حق التنفيذ على جميع الأعيان أنى وجدت بشرط أن يكون في مواجهة المصفى، أما إذا لم يعين لها مصف فلم يتعرض المشروع بصراحة للتنفيذ على منقولها، وكان تعرضه للتنفيذ على عقارها فيه الملاحظة التي أشرنا إليها، ولي كبير الرجاء أن يتدارك كل ذلك عند إقرار المشروع.

٩- وتقضي مواد المشروع في مجموعها بأن نماء التركة في المدة التالية للوفاة السابقة على سداد الديون يعد في جميع الأحوال جزءا من التركة لا يختلف في الحكم عن عين من أعيانها، وهو رأي الحنفية والمالكية الذين يجعلون التركة على حكم ملك المتوفى، وهو خلاف المفهوم من روح القانون، وإذن يكون القانون متفقا مع رأي بعض الحنابلة الذين يجعلون التركة ملكا للورثة، ويجعلون الديون مع ذلك متعلقة بنمائها لتعلقها بأصل النماء، فيكون شأن نمائها هو شأن نماء العين المرهونة عندهم، وكذلك الحال في نفقاتها التي تقتضيها إدارتها والمحافظة عليها، ينص المشروع على أن تكون من التركة، وذلك لا يتمشى مع القول بأنها ملك للورثة إلا على اعتبار أنه ينفق عليها منها لأنها أصبحت من ملك الورثة.

١٠- وبناء على ما بيَّنا يكون للوارث لجزء شائع في عقار بِيعَ منه الجزء الآخر أن يطلبه بالشفعة في المدة التالية للوفاة قبل تصفية التركة وسداد ديونها بناء على أنه مالك لهذا الجزء الذي تركه مورثه في ضمن تركة مدينه.

ذلك ما عرض لي عند النظر في مشروع تنقيح القانون المدني ولا شك أنه قد أزال أسباب كثير من الخلاف والخفاء وإن لم يقض على كثير منه أيضا وقلما يخلو تشريع من مثل ذلك، ولذا لا يسعني إلا تقدير القائمين به والثناء الجميل على عملهم. وسأعود إليه عند كلامي على تصفية التركة.



مدى تعلق الحقوق بالتركة

تعلق حق الموصى له بالتركة:

الوصية في وجوه البر:

(أ) إذا أوجب الموصي فمات مصرًّا على إيجابه تمت الوصية ولزمت، وترتب عليها آثارها إذا كانت لغير معين، وقد توافرت جميع شروطها، وإن شئت قلت إذا كانت لغير محصور عبر عنه بوصف ينبئ عن الحاجة ولو عن طريق العرف والعادة، وذلك كالوصية للفقراء والمساكين وطلبة العلم «فالفقر والمسكنة يدلان على الحاجة بطريق الوضع اللغوي وطلب العلم يدل على الحاجة بطريق العادة» وإنما تمت الوصية بمجرد وفاة الموصي في هذه الحالة لأن اشتراط القبول والحصول عليه من الموصى لهم فيها متعذر، فليس فيهم من تعين لها حتى يطلب قبوله، وليس من الممكن جمعهم كلهم وعرض الوصية عليهم ليقبلوها أو يرفضوها، لا نعلم خلافًا في ذلك عند علماء المذاهب الأربعة[1].

وغير المحصور - على ما جرى عليه العمل في المحاكم المصرية الشرعية - هو ما كان مائة أو زاد، والمحصور ما كان أقل من مائة، وهذا قول محمد - رحمه الله -، وقال أبو يوسف: إذا كان الموصى له لا يحصي إلا بكتاب فهو غير محصور،وإلا كان محصورًا، ويرى الشافعية أن المحصور ما لا يشق استيعابه وحصره، وغير المحصور ما في استيعابه وحصره مشقة، وذهب كثير من العلماء إلى تفويض الرأي في اعتبار الموصى له محصورًا، أو غير محصور إلى القاضي، وهناك غير ذلك أقوال أخرى في بيانه، ومبناها في الواقع على النظر والتقدير والعرف، وذلك هو مرجع الخلاف، وليس فيه ضابط مأثور[2].

وإلى هذا الحكم أيضًا ذهب الحنفية والحنابلة إذا كانت الوصية لجهة بر معينة خاصة، كالوصية لمسجد معين أو لمستشفى معين وهكذا، فجعلوا تمامها ولزومها

(١) راجع الهداية ورد المحتار والبدائع، ونهاية المحتاج والروض، ومنح الجليل، والحطاب، وكشاف القناع والمغني.
(٢) راجع رد المحتار والإسعاف.

منوطًا بوفاة الموصى مصرًّا عليها دون حاجة إلى قبول من أحد، وهو كذلك رأي المالكية على ما يظهر من عباراتهم، أما الشافعية فيشترطون لتمام هذا النوع من الوصية القبول، فيجب لتمامها إذا كانت لمسجد معين أن يقبل عنه ناظره وهكذا، ذكر ذلك صاحب التحفة بحثًا، ونقله عن ابن الرفعة، وقال إن صاحب الأنوار قد جزم به[1].

ويرى فقهاء الشيعة الإمامية أن الوصية لغير معين كالفقراء أو للجهات الخيرية كالمساجد تحتاج إلى قبول من الناظر أو الحاكم أو الولي عليها، لأن الوصية عقد بين طرفين، فلا يتم إلا بقبول الطرف الآخر[2].

وفي رأيي أن خير هذه الآراء ما ذهب إليه الحنابلة والحنفية، فإن حاجة الناس إلى الخير العام، والمبادرة إلى عمله، والسعي في إنفاذه، كل ذلك يقتضي أن تجعل الوصية في وجوه الخير تصرفًا والتزامًا من جهة واحدة، ما دامت طبيعتها لا تتقاضى الجهة الأخرى التزامًا ضارًّا بها، ولا تقتضي إلا إنفاق المال الموصى به في سبيل النفع العام، وهو أمر مرغوب فيه مطلوب عمله من كل قادر عليه، فلا حاجة مع هذا إلى قبولها من أحد، على أن الإفاضة في هذا الموضوع تخرجنا عما نحن بصدد بيانه، ولذا نقتصر على ما ذكرنا، وقد أخذ برأي الحنفية في مشروع قانون الوصية[3] إذا لم يكن لجهات البر من يمثلها، أما إذا وجد من يمثلها فإن الوصية لا تلزم ولا تتم إلا بقبوله، ومن المعلوم أن تصرف الممثل منوط بالمصلحة فإذا جاوزها لم ينفذ، وبناء على ذلك فليس للممثل الرد ما دام الأمر يتعلق بخير للجهة التي يمثلها.

الوصية للحمل:

وقد ألحق الحنفية بهذا النوع من الوصايا الوصية للحمل، فقالوا إنها تتم بموت الموصي، دون توقف على قبول من ولى الحمل إذا ما ولد حيًّا، ذلك لأن الموصى إذا توفى مصرًّا على وصيته، ولا يزال الموصى له حملا، فقد تمت الوصية تمامًا لا يلحقه

---

(١) راجع رد المحتار والبحر وكشاف القناع ومنح الجليل ونهاية المحتاج.

(٢) راجع كتاب الأحكام وشرائع الإسلام.

(٣) راجع الفقرة الثانية من المادة (٢١).

الفسخ من ناحية الموصي، وقد حل وقت القبول وهو غير متصور من الموصى له «الحمل» بل ولا من ولّي عليه، لأنه لا ولاية لأحد عليه أثناء حمله، فكانت الوصية له في هذه الحال كالوصية لمن لا يتأتى منه القبول كالمساجد، وإذا تمت لهذه الجهات من غير قبول وهي غير أهل لأن تملك، فلأن تتم للحمل وهو أهل للملك أولى، فسقط اعتبار القبول لذلك، وخاصة إذا لاحظنا أن الوصية تشبه الميراث، وأن الفقهاء يقولون: الوصية أخت الميراث أي تستقي أحكامها منه.

ويرى بعض الشافعية والحنابلة أن الوصية للحمل تحتاج إلى القبول، ويكون من الولي عليه بعد الولادة[1].

الوصية لمن هو أهل للملك:

(ب) وإذا كانت الوصية لغير محصورين عبر عنهم بما لا ينبئ عن حاجة كالوصية لأهل القاهرة فهي وصية باطلة عند الحنفية لأنها حينئذ خرجت عن التصدق إلى مجرد التمليك، والتمليك عندهم يجب أن يكون لمعين، لأنه لا يتم إلا بالقبول، وهو لا يكون إلا من معين محصور، ولا يتأتى أن يكون من غير المحصور[2].

وذهب المالكية إلى أن الوصية لغير المحصور جائزة وتتم بلا حاجة إلى القبول وعندئذ يقدَّم المحتاج منهم ولا يجب أن يعمهم ولا التسوية بينهم، بل يترك الأمر في ذلك إلى الحاكم، وقد أخذ بهذا الرأي في مشروع قانون الوصية «مادة ٣١».

متى يتملك الموصى له:

وأما إذا كانت لمحصور يتأتى منه القبول - بأن كانت لمعين أو معينين توافرت فيهم أهلية الملك - ففي تمامها بعد موت الموصى مصرًّا عليها أقوال ثلاثة:

أولها: أن الوصية تتم وتنفذ بمجرد موت الموصى، لا تتوقف على شيء آخر،

---

(١) راجع البدائع وكشاف القناع ونهاية المحتاج وبهذا القول أخذ مشروع قانون الوصية راجع المادة ٢١.

(٢) راجع الزيلعي والبحر والبدائع.

ذلك لأنها تصرف من جانب واحد مضاف إلى وقت معين، هو وقت الوفاة، فإذا جاء هذا الوقت نفذت الوصية ولزمت، ويتملك الموصى له ما أوصى له به، دون حاجة إلى أن يصدر منه قبول بعد الوفاة، شأنه في ذلك شأن الوارث يثبت له الملك في التركة بالموت بدون حاجة إلى قبول، وهذا قول زفر من الحنفية، وهو قول عند المالكية والشافعية والحنابلة[1].

وعندي أن هذا الرأي ليس بوجيه، فإنه يجعل للموصي ولاية على الموصى له بأن يدخل في ملكه جبرًا عنه مالا يريد أن يتملكه، وقد يترتب على ذلك إلزامه بحقوق وواجبات لم يلتزمها، وفي ذلك ضرر به، والضرر مرفوع، قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

ثانيهما: أن الوصية لا تتم ولا تنفذ بعد موت الموصى إلا بالقبول، ذلك لأنها عقد بين طرفين: مملك ومتملك، فلا يتم إلا بارتباطهما، ولا يكون ذلك إلا بعبارتيهما الدالتين على هذا الارتباط، وبناء على ذلك لا يثبت للموصى له ملك في الموصى به إلا بقبوله، ولا يثبت له هذا الملك إلا من وقت القبول، وإلى هذا ذهب بعض المالكية وبعض الشافعية، وهو كذلك أصح الأقوال عند الحنابلة، لا يفرقون فيه بين الوصية بثلث التركة والوصية بأكثر من ثلثها، فيتملك الموصى له في الحالتين ما أوصى له به من وقت القبول، لا يضير ذلك أن تتأخر عنه إجازة الورثة لما زاد عن الثلث، لأن الملك عند ذلك يثبت للموصى له مستندًا إلى وقت القبول على أصح القولين عندهم[2].

وقد اختلف أصحاب هذا القول «الثاني» فيمن يملك الموصى به بعد وفاة الموصي وقبل قبول الموصى له، فذهب بعضهم إلى أنه لا يزال على ملك المتوفى حتى يقبل الموصى له فينتقل إلى ملكه، وذهب آخرون إلى أنه ينتقل بالوفاة إلى ملك الورثة، ولا يزال على ملكهم حتى يقبل الموصى له فينتقل إلى ملكه، ووجهة القول الأول فيما يظهر لي أن أصحابه لم يجدوا سبيلا إلى القول بانتقال الموصى به بوفاة الموصي إلى الورثة

(١) راجع الحطاب ونهاية المحتاج وكشاف القناع والفروع والزيلعي والبدائع.
(٢) راجع الحطاب والنهاية والمغني وكشاف القناع والفروع وقواعد ابن رجب.

مع نفاذ تصرف الموصي فيه بالوصية وتمليكه للموصى له عند قبوله، فليس هذا شأن مال مملوك لغير المتصرف ولا حكما من أحكامه، إذ لا سلطان لأحد على مال غيره، وإذن لم يجدوا أمامهم إلا أن يستصحبوا ملكية المتوفى اعتبارًا وافتراضًا وحكما، حتى لا يكون ذلك المال سائبة بلا مالك، ولا سائبة في الإسلام، فإذا كانت هذه وجهتهم فمن الممكن أن يرد عليهم بأن معنى السائبة لا يتفق وأحكام الموصى به، فإن المال الموصى به له مطالب وعليه حقوق، وليس ذلك شأن السائبة. وإذن فمن الجائز ألا يكون في هذه الفترة ملكا لأحد، ولكن تتعلق به حقوق للورثة، وحقوق للموصى له بمقتضى الإيجاب الصادر من الموصي، فيرعاه الورثة بخلافتهم عن الموصي ولأنهم قد يتملكونه إذا ما رد الموصى له الوصية، ويكون للموصى له حق تملكه فيتملكه بالقبول. غير أن هذا الوضع الأخير لا يرفع كل إشكال يطرأ فإن الموصى به إذا ما احتاج إلى الإنفاق عليه في هذه الفترة فعلى من تكون النفقة ولا مالك له فيها؟ لذا كان من اللازم افتراض وجود مالك له فيها، وأقرب فرض عندي أن يعتبر ملكا لمن سيؤول إليه في النهاية - من الورثة أو الموصى له كما سيأتي - حتى يلزم بنفقاته.

ووجهة القول الثاني: أن كل ما يتركه المتوفى من مال ينتقل بالوراثة إلى ملك الورثة، ومنه الموصى به لأن المتوفى قد تركه وهو على ملكه، غير أن ملكية الورثة للموصى به تكون ملكية غير لازمة وغير مستقرة، لأنها رهن إرادة الموصى له، فإن شاء جعلها مستقرة لازمة برده الوصية، وإن شاء أنهاها بقبوله، وذلك حق له بوضع الشارع، وقد جعله له بمقتضى الوصية، وليس ذلك بغريب، فإن له بعض الأمثال، ألا ترى الواهب قد يبطل ملك الواهب له وينهيه باسترداد العين الموهوبة والرجوع في الهبة[1]. ذلك ما يبدو لي في توجيه هذين الرأيين.

---

(١) ومن القائلين بذلك الحنابلة ومن تفريعهم عليه ما جاء في كشاف القناع ص ٥٠٤ جـ٢: وإذا أوصى إنسان بأرض فبنى وارثه فيها أو غرس وكان ذلك قبل قبول الموصى له وبعد وفاة الموصي فبناء الوارث وغرسه كبناء مشتري المشفوع فيه وغرسه وعلى ذلك يتملكهما الموصى له إذا ما قبل بقيمتها قائمين وإذا أبى إلا قلعهما ضمن ما ترتب على ذلك من نقص. ذلك لأن الوارث إنما بنى وغرس في ملكه، فليس بظالم سواء أكان على علم بالوصية وقت البناء والغراس أم لا، وثمت كذلك فروع أخرى بنوها على ذلك، منها استقلال الوارث بالشفعة إذا ما بيع شقص قبل القبول في العين التي أوجب الموصي فيها وصية شائعة مما ترك فيها. وعدم وجوب الزكاة على الوصي له في الموصى به إذا ما حال عليه الحول قبل القبول لعدم تملكه. وعندئذ تردد ابن رجب في وجوبها على الوارث وقال في الاتصاف: لا تجب عليه أيضا لعدم تمام ملكه.

ثالثها: أن الوصية لا تتم ولا تنفذ إلا بالقبول كما انتهى إليه أصحاب القول الثاني، ولكن ملك الموصى له إذا ما قبل لا يقتصر على وقت القبول كما ذهب إليه أصحاب هذا القول السابق بل يستند إلى وقت الموت. ويمكن أن يعبر عن هذا الرأي بأن الملك يثبت للموصى له بموت الموصى بشرط قبوله، فالقبول شرط لثبوت الملك له لا علة في وجوده وثبوته، وعلى ذلك إذا ما قبل الموصى له الوصية ملك الموصى به من وقت وفاة الموصى، وإذا ما ردها ملك الورثة الموصى به من وقت الوفاة أيضًا.

وبناء على هذا الرأي يكون مالك العين الموصى بها في الفترة بين وفاة الموصي وقبول الموصى له أو رده مترددًا بين الورثة والموصى له ويكون أمرها موقوفًا إلى حين.

وقد لجأ أصحاب هذا الرأي إلى ذلك حين رأوا أنه لا يمكن أن تجعل العين الموصى بها ملكا للمتوفى عقب الوفاة، لأنه جماد لا يصح أن يملك، ولا أن تجعل ملكا للورثة لما بيّناه قبل من أن ذلك يحول دون نفاذ الوصية، إذ تصير به وصية الموصى في ملك غيره، فلا تنفذ إلا بإرادته، وهذا ما لم يقل به أحد، ولأن آية المواريث فضلا عن ذلك ظاهرة في أن الورثة لا يتملكون إلا بعد الوصية، فقد بيَّن الله -سبحانه وتعالى- سهام الورثة ثم قال بعد ذلك: ﴿ ... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾ ﴾ [النساء]. وكذلك لا يمكن أن تجعل في هذه الحال ملكا للموصى له بمجرد موته، فإنها إن جعلت ملكا له بمجرد الموت لم يصح له أن يردها، لأن الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد كالإرث، فتعين لهذا كله أن يقولوا إن أمرها موقوف إلى حين القبول أو الرفض، ومالكها هم الورثة إذا ما رفضت الوصية وهو الموصى له إذا ما قبلها.

ذلك ما وجه به الشافعية هذا القول وهو أصح الأقوال عندهم وأشهر الأقوال عند المالكية وهو قول للحنابلة، ومقتضاه أن العين الموصى بها تكون ملكا للموصى له من وقت وفاة الموصى إذا ما قبل الوصية، وتكون ملكا للورثة من وقت الوفاة إذا ما ردها[1]، وليس يظهر ذلك إلا عند القبول أو الرد، أما قبل ذلك فحالها موقوف لم نتبين أمره[2].

---

(١) راجع نهاية المحتاج ومِنَح الجليل وكشاف القناع والعناية.

(٢) وقد أخذ مشروع قانون الوصية بذلك فجعل الموصى له بقبوله مالكا من حين الوفاة وله نماؤها من=

وهذا ما ذهب إليه الحنفية في الواقع، فإنهم ذهبوا إلى أن قبول الموصى له شرط في تملكه للموصى به بمجرد وفاة الموصي. ذكر ذلك الطحاوي نقلا عن غاية البيان، وذكره الشرنبلالي نقلا عن الخلاصة، فإذا قبل الموصى له الوصية تملك العين الموصى بها ملكا مستندًا إلى وقت الموت، وإذا رد تملكها الورثة ملكا مستندًا إلى وقت موت الموصي كذلك، وهذا أقرب الأقوال إلى التحقيق، إذ لو كان القبول جزءًا من العلة التي توجب ثبوت الملك للموصى له لما جاز أن يتقدم عليه الملك، لأن المعلول لا يتقدم العلة ولا أجزاءها.

أما حال العين الموصى بها عندهم في الفترة بين وفاة الموصى وبين القبول أو الرد من الموصى له فلهم في بيانها رأيان:

١- رأى بعضهم أنها تخرج بوفاة الموصى من ملكه ولا تدخل في ملك أحد، لا الورثة ولا الموصى له، وهذا ما جاء في الجوهرة على القدوري وما جاء في حاشية أبي السعود على منلا مسكين.

٢- ورأى آخرون أنها تبقى على ملك المتوفى لحاجته إليها في نفاذ وصيته، وهذا ما ذهب إليه أكثر الحنفية، وعليه أكثر كتبهم، وما سارت عليه كتب أصول فقههم كالتحرير وغيره[1].

وفي رأيي أن لا خلاف في حقيقة الأمر بين هذين الفريقين، فإن الفريق الذين ذهبوا إلى أن العين الموصى بها تخرج بوفاة الموصي من ملكه ولا تدخل في ملك أحد، يعنون بذلك أن الملكية الحقيقية ذات الآثار المعروفة: من جواز التصرف والانتفاع، وهي الملكية التي كانت للموصي قبل وفاته، قد انتهت بموته وزايلت العين، لأنها من خصائص الحي ولا تثبت للميت بحال، لأنه جماد لا يتملك ولا يتصرف، ثم لا تدخل هذه العين بعد ذلك بموت الموصي في ملك الورثة بحيث تكون ملكيتهم لها ملكية حقيقية لما بينا من قبل، وكذلك لا تدخل في ملك الموصى له على هذا الوجه،

=ذلك الوقت وعليه نفقاتها وهذا إذ لم يفد نص الوصية ثبوت الملك في وقت معين بعد الموت وإلا ثبت من حينه راجع المادة ٢٦ من المشروع.

(١) راجع رد المحتار والزيلعي والبحر والجوهرة وحاشية أبي السعود والهداية.

لأن الإنسان لا يتملك جبرا عنه، إذ قد يلحقه بسبب هذه الملكية ضرر، كما في الوصية بعين نفقاتها أكثر من غلاتها ومنافعها، فاضطروا مع هذا إلى أن يصوروا مذهبهم هذا التصوير فقالوا إنها بالوفاة تخرج من ملك الموصي ولا تدخل في ملك أحد، ولعل الفريق الثاني قد وجدوا في هذا البيان وهذا التصوير رأيًا غريبًا ليس له مثال في الفقه الإسلامي، لأنه يقتضي وجود مال متقوم ليس له مالك. وربما رأوا فيه مع هذا سبيلا إلى القول بوجود السائبة أو ما يشبه السائبة التي يكرهها الإسلام ويحرمها، فعدلوا عنه إلى بيان آخر لا يختلف عن الأول في كنهه، ولكن بما أفاضوا عليه من تلوين وتصوير يجعله متفقًا مع القواعد، فقالوا إن العين الموصى بها تعتبر بعد وفاة الموصي باقية على ملكه حكما، والقول بوجود هذه الملكية الحكمية وإن شئت قلت الاعتبارية لا يتعارض مع ما تم فعلا من انتهاء ملكية الموصي الحقيقية التي كانت له حال حياته، وهو إلى ذلك يحقق لخليفة الموصي يدًا على العين الموصى بها إلى أن يظهر أمرها، فلا تضيع بسبب الترك وعدم وجود من يسأل عنها، ويمهد مع هذا السبيل لنفاذ وصية الموصي إذا ما تم القبول على اعتبار أنها تصرف فيما لا يزال على ملكه، ولظهور ملكية الوارث «الذي هو خليفة الموصي» كذلك بسبب الميراث إذا ما ردت الوصية ولم يتم القبول، وبذلك يتم التوفيق بين الرأيين، ويظهر به أن الملكية المنتهية بالوفاة عند الفريق الأول هي غير الملكية الثابتة بعد الوفاة عند الفريق الثاني، ويتبين من كل هذا أن قول الحنفية في الواقع ينتهي إلى القول بالوقف أو بجهالة الحال ولا فارق بينه وبين ما ذهب إليه غيرهم من ذلك.

وليس ينبغي أن يغيب عنك أن ثبوت ملكية الموصى له فيما أوصي له به مقيد بثلث التركة في جميع المذاهب التي فصلناها لك آنفا كما سيأتي، فلا تتجاوز ملكيته الثلث إذا ما أوصى بأكثر منه إلا بإجازة الورثة[1]، فإذا أجازوا إجازة معتبرة مستوفية شرائطها تجاوزته إلى الزائد عليه. وكانت تلك الإجازة تنفيذًا للوصية على ما ذهب

(١) وفي البزازية جـ٢ ص ٤١٣: رجل أوصى بوصايا فبلغ ورثته أن أباهم أوصى بوصايا ولا يعلمون ما أوصى به فقالوا أجزنا ما أوصى به. ذكر في المنتقى أنه لا تصح إجازتهم وإنما تصح إجازتهم إذا أجازوا بعد العلم. قاضيخان في الوصايا وكذا في التتارخانية في التاسع عشر من الدعوى نقلا عن المنتقى أيضا.

إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وغيرهم لا إعطاء مبتدأ من قبلهم وهو رأي الأقلية وكثير من المالكية، وستعلم أن ثلث التركة الذي يتملكه الموصى له بالوصية ثلثها عند تنفيذ الوصية بإقرارها وقسمة التركة على ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، وثلثها عند موت الموصي على ما ذهب إليه الحنابلة، وهذا إجمال لا يغني عن التفصيل. وسيأتيك التفصيل عما قريب فتتجلى لك الأحكام بقيودها وشروطها ومحالها.

أثر وفاة الموصى له قبل القبول في الوصية:

(جـ) ذلك هو الحكم ما دام الموصى له حيًا وقد توفي الموصي مصرًا على وصيته، فإذا توفي الموصى له كذلك دون أن يقبل الوصية أو يردها فإنها تتم وتنفذ بمجرد موته عند الحنفية، لأنهم يرون وفاته قبل القبول والرد بمنزلة القبول منه، وقالوا من أجل ذلك: إن الشرط في تملك الموصى له قبوله أو اليأس من رده.

وإذن يعتبر الموصى به في هذه الحال ملكا للموصى له منذ توفي الموصي، فيكون من تركة الموصى له تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه وما يبقى بعد ذلك فلورثته. وجه ذلك عندهم أن الوصية قد تمت من جهة الموصي بموته وصارت إلى حال لا يلحقها فسخ من ناحيته، كما أصبحت كذلك بالنسبة إلى الموصى له منذ توفي، إذ لا يستطاع إبطالها من ناحيته، فتفيد لذلك آثارها لقيامها. وكان اليأس من الرد بمنزلة القبول في الحكم[1]، ولا يختلف هذا الحكم عند من يرى أن الوصية تنفذ وتتم بمجرد وفاة الموصي. أما عند أصحاب الآراء الأخرى التي بيّناها فقد اختلف النظر[2].

ذهب بعض المالكية إلى أن الوصية تبطل حينئذ بوفاة الموصى له كما يبطل البيع بوفاة المشتري قبل قبوله الشراء. وذهب الشافعية والحنابلة وكثير من المالكية إلى أن حق قبول الوصية ينتقل بوفاة الموصى له إلى ورثته جميعًا كل في حصته من العين الموصى بها، فإن كان منهم من ليس أهلا للقبول ناب عنه وليه في ذلك، وتقيد حينئذ

(١) راجع البدائع والزيلعي والهداية.
(٢) راجع التحفة وحواشيها في كشاف القناع والخرشي والحطاب.

قبوله أو رده بمصلحة موليه، فإذا كانت مصلحته في القبول لم يصح منه إلا أن يقبل، وإذا كانت مصلحته في الرد لم يقبل منه إلا أن يرد، فإن لم يكن للموصى به وارث من قرابته قام مقامه الإمام عند الشافعية فقبل عنه لولايته على المال وصيرورة تركته إليه، ويظهر لي أن الحكم كذلك عند المالكية لأنهم يعتبرون بيت المال من الورثة[1].

فإذا قبل الوارث تمت الوصية واعتبرت العين الموصى بها جزءًا من تركة الموصي له عند الشافعية فتقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، لأنه إنما يقبل نائبًا عن مورثه، فيكون الملك لمورثه، ويكون الموصى به من تركته.

وخالفهم في ذلك الحنابلة فاعتبروا العين الموصى بها عند قبول الورثة ملكا لهم ابتداء، لأن الإيجاب بالوصية أصبح بوفاة مورثهم الموصى له موجهًا إليهم، فإذا قبلوا فإنما يقبلون لأنفسهم فيثبت الملك لهم، وعلى ذلك لا تقضى من الموصى به ديون مورثهم ولا تنفذ منه وصاياه[2].

أما المالكية فقد يستدل على رأيهم في الخرشي وغيره من أن ورثة الموصى له لا يقومون مقامه في قبول الوصية عند موته قبل القبول إذا ما تبين بوجه من الوجوه أن الموصى إنما أراد بوصيته الموصى له بعينه، إذ يفهم من ذلك أنه إذا توفي الموصى له قبل القبول والرد فلا تعدو الوصية له إحدى حالتين: (أولاهما): أن يكون الموصي قد أراد أن يخص نفس الموصى له بالوصية، وعند ذلك تبطل الوصية بوفاته، ولا يقوم ورثته بمقامه في قبولها، لأن الإيجاب كان له خاصة. فإذا توفي قبل قبوله بطل، (وثانيتهما): ألا يكون الموصي قد أراد ذلك، وعندئذ يكون الإيجاب موجهًا إلى الموصى له أو إلى من يقوم مقامه عند وفاته وهم ورثته، فإذا توفي قام ورثته مقامه في القبول، فإذا قبلوا كان قبولهم لأنفسهم، لأن الإيجاب بوفاة الموصى له أصبح موجهًا إليهم، وعلى ذلك يتملكون الموصى له ابتداء، ولا يعتبر من تركة الموصى له المتوفى، هذا ما استنتجته ولم أجده صريحًا فيما وصلت إليه يدي من كتبهم.

---

(١) وبهذا الرأي أخذ في مشروع قانون الوصية راجع المادة ٢٢ منه.
(٢) راجع الكشاف.

ما يترتب على الوصية من حق:

(د) وبتمام الوصية على الوجه الذي بيَّنا يترتب عليها أثرها فيثبت للموصى له ما أوصى له به من حق. غير أن هذا الحق تارة يكون ملكا فيصبح به الموصى له شريكا في التركة، وذلك إذا كانت الوصية بجزء شائع فيها، كأن تكون بربعها مثلا، أو شريكا في عين من التركة كالدار، وذلك إذا كانت الوصية بجزء شائع في تلك العين كأن تكون بنصف هذه الدار، أو مالكا لعين من أعيانها وذلك إذا كانت الوصية بهذه العين كالوصية بهذه الدار، وتارة يكون الحق الموصى به مجرد حق متعلق بالتركة أو بجزء منها وذلك إذا كانت الوصية بعين من التركة غير معينة، كألف جنيه أو بمائة جنيه من ثمن هذه الحبوب، أو بعمل من الأعمال التي لا تنفذ إلا بالمال وسيأتي بيان ذلك تفصيلا. ومع هذا فقد يوصي الإنسان لمن له نصيب في تركته فعلا عند موته، فتكون وصيته حينئذ لوارثه، وقد يوصي لمن ليس له نصيب فيها فتكون وصيته لأجنبي.

الوصية للوارث:

فإذا كانت وصيته لوارث فإنها تتوقف على إجازة سائر الورثة ولو كانت بالتافه الحقير، وإذن لا يكون لها أثر، ولا يترتب عليها في التركة حق حتى يجيزها سائر الورثة بعد وفاة الموصي وهم من أهل التبرع، فإن رفضوها بعد الوفاة بطلت، لقوله ﷺ: «لا وصية لوارث».

وإن أجازوها بعد الوفاة نفذت على أنها تمليك من الموصي عند الحنفية وهو أصح القولين عند الشافعية، وذهب المالكية إلى أنها تعتبر في هذه الحال عطية من الورثة لأحدهم أو كالعطية منهم له[1]. وبنفاذها على أي اعتبار تترتب عليها آثارها،

(١) وفي الحطاب جـ٥ ص٤٣: إذا أجاز الوارث الوصية بأكثر من الثلث لأجنبي (أو الوصية لوارث) هل يكون ذلك منه عطية مبتدأة؟ قيل يكون كذلك وقيل يكون إجازة لما فعله المورث وتكون العطية من المورث وقد انبنى على ذلك أن اختلف المالكية في المسألة الآتية: أوصى رجل لأجنبي بالثلثين فأجاز الوارث ذلك ولكن الموصى له لم يقبض ما زاد على الثلث إلا بعد أن استدان الوارث المجيز وبعد أن توفي عن ورثة فلما أراد الموصى له أن يقبض ما زاد على الثلث نازعه غرماء الوارث المجيز المتوفى وورثته. روي عن مالك أن غرماء ذلك الوارث وورثته أحق بالثلث الزائد من الموصى له به لأن إعطاءه إياه هبة لم تجز قبل وفاة المعطي فتبطل وقال أشهب تنفذ الوصية في هذا الثلث ويعطى=

وذهب بعض علماء السلف إلى أن الوصية للوارث جائزة بما لا يزيد عن الثلث دون توقف على إجازة سائر الورثة، وهو رأي عند الشيعة الإمامية، وبهذا أخذ مشروع قانون الوصية[1].

الوصية للأجنبي:

وأما إذا كانت وصيته لأجنبي فإنها تنفذ إذا لم تتجاوز ثلث ما ترك متى كان له وارث، لقول النبي ﷺ لسعد بن أبي وقاص وقد استشاره: «الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس».

فإن تجاوزت الثلث نفذت فيه فقط وتوقفت فيما زاد عنه على إجازة جميع الورثة بعد الوفاة وهم من أهل التبرع[2]، فإن أجازوها جميعًا نفذت، وإن أبوها بطلت، وإن أجازها بعضهم وأباها بعضهم نفذت في حق من أجاز منهم، وبطلت في حق من لم يجز.

وإن لم يكن له وارث - وذلك ما لا يكون عند الشافعية والمالكية - لم تتقيد بقيد، فتنفذ ولو استغرقت جميع أمواله عند الحنفية وهو المشهور عند الحنابلة، أما عند الشافعية والمالكية فبيت المال من الورثة، والإمام وهو صاحب الولاية عليه لا يملك الإجازة لأنها ضارة ببيت المال فلا تنفذ عندهم إلا من الثلث، وهو رأي أهل الحجاز، وبرأي الحنفية أخذ مشروع قانون الوصية[3].

=للموصى له به ولا حق لغرماء الوارث ولا لورثته في المعارضة لأنه ليس من تركة ذلك الوارث بل وصية من مورثه الأصلي وقد رجح اللخمي الرأي الأول أ هـ بتصرف.

(١) راجع الهداية جـ٨ ص ٤٢٤ والزيلعي ونهاية المحتاج والحطاب والمغني وتفسير الطبري والمبسوط جـ٢٥ ص ١٥٤ والمادة ٣٨ من مشروع قانون الوصية.

(٢) وقال ابن أبي ليلى تصح إجازة الوارث حال حياة الموصي وليس له أن يرجع عن إجازته هذه بعد وفاته لأنه أسقط حقه والساقط لا يعود بعد سقوطه وللجمهور أن الإجازة حال حياة الموصي قد تكون حياء من المورث واحتشاما لكيلا يجاهر بالرد والمخالفة فلا تكون دليل الرضا راجع المبسوط جـ٢٥ ص ١٥٤ والزيلعي جـ٦ ص ١٨٣. وإلى هذا ذهب مالك إذا حدثت إجازة الوارث في مرض الموصي مرضا مخوفا لم يبرأ منه ولم يكن معذورا في إصدارها ولا يجهل أن له حق الرد راجع الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٣٧.

(٣) راجع الهداية وكشاف القناع ونهاية المحتاج والحطاب والمادة ٣٨ من المشروع.

ولا فرق في هذا الحكم بين أن تكون الوصية بعين أو بمنفعة من المنافع، فإن كانت بعين فأمر التطبيق واضح، وإن كانت بمنفعة من المنافع كالوصية بسكنى الدار، وركوب السيارة، واستخدام الدابة، وما أشبه ذلك، وجب أن يتحقق ذلك الشرط في العين الموصى بمنفعتها، وهي الدار أو السيارة أو الدابة. فيجب لنفاذ الوصية من غير إجازة ألا تتجاوز قيمة هذه العين ثلث التركة إذا كانت الوصية لأجنبي من موصٍ مات عن ورثة لم يجيزوها، فإن تجاوزت بطلت الوصية في منافع ما زاد عن ثلث التركة، فإذا أوصى شخص لآخر بسكنى دار ليس له غيرها تهايأها الموصي له والورثة، فيسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها طيلة المدة التي حددها الموصى إن كانت الوصية مؤقتة، أو مدة حياة الموصى له إن أوصى له بذلك مدة حياته أو مطلقًا أو على وجه التأبيد، فإن كانت الوصية بمنفعة دابة لم تمكن هذه المهايأة المكانية وأمكنت المهايأة الزمانية، فيستخدم الموصى له الدابة يومًا ويستخدمها الورثة يومين، إلى أن يتم للموصى له مدته التي حددها له الموصي، سنة أو أكثر متى لم يعينها، فإن عينها فذكر سنة معينة كسنة ١٩٥٠ وجب ألا تتجاوز هذه المهايأة الزمنية تلك السنة، لانتهاء حق الموصى له بانتهائها، فإذا لم يحدد الموصى وقتًا استمرت هذه المهايأة مدة حياة الموصى له. ذلك مذهب الحنفية، فهم يعتبرون خروج نفس العين الموصى بمنفعتها من ثلث التركة إذا ما أوصى بذلك في جميع الأحوال وهو قول مالك ورواية عند الحنابلة.

وذهب الشافعية إلى أنه لا يعتبر إلا خروج قيمة المنفعة الموصى بها من الثلث، سواء أكانت مؤقتة أم مؤبدة، وهذه إحدى روايتين عندهم، وهو قول كذلك عند المالكية، والرواية الأخرى عند الشافعية وهي أصحها أن يعتبر خروج قيمة المنفعة نفسها إذا ما أوصى بها في وقت محدد، فإن لم يوقت لها وقت اعتبر خروج العين الموصى بمنفعتها من الثلث لعدم إمكان تقويم المنفعة عند الوفاة بسبب جهالة مدتها[١]، وقد

(١) يرى الشافعية أن الوصية بالمنفعة عند الإطلاق وصية مؤبدة وذلك بناء على أن المنفعة من الأموال ولم تقيد بوقت ومن هذا ذهب بعضهم إلى أن الوصية بها في هذه الحال تعتبر وصية بنفس العين ومن ثم اشترط خروج العين من الثلث.

قال بروايتي الشافعية بعض الحنابلة[1]، وبالرواية الأولى منهما أخذ مشروع قانون الوصية[2].

وهذا كله إذا لم تكن التركة مدينة فإن كانت مدينة قدم الدين على الوصية وكان حكم الباقي من التركة بعد الدين حكم التركة الخالية من الدين، وسيأتي هذا مفصلا عند كلامنا على تصفية التركة.

أنواع الوصايا:

(هـ) والوصية قد تكون لمن له أهلية التملك، وفي هذه الحال قد يعين باسمه كالوصية لمحمد، أو بالإشارة إليه كالوصية لهذا العامل، أو بأي طريق من طرق التعيين كأن يعين بوصف من أوصافه سواء أكان مما يحصر عادة كالوصية للفقراء من أسرة فلان، أو مما لا يحصر كالوصية للفقراء أو لطلبة العلم. وقد ذكرنا فيما مضى آراء العلماء فيما يعد محصورًا وما يعد غير محصور.

وقد تكون الوصية لما ليس له أهلية التملك كالوصية للمساجد والمستشفيات والمدارس وغيرها من المنشآت وكالوصية لبناء الربط والمعاقل في الثغور، والقناطر على الأنهار العامة وما إلى ذلك. وسيأتي أن من علماء المالكية والشافعية من يرى أن للمسجد المعين وما أشبهه ملكا.

وإلى هذا قد يوصي الإنسان بعين معينة كأن يوصي بهذه الدار، وقد يوصى بعين غير معينة كالوصية بألف جنيه أو بمائة أردب من القمح، وقد يوصي بجزء شائع في عين معينة كأن يوصي بثلث هذه الدار أو في عين غير معينة كأن يوصي بثلث دراهمه أو بقره أو غنمه، أو بجزء شائع في كل ماله كأن يوصى بثلث ماله أو بربع ما يملك، وقد تكون الوصية بدين كأن يوصى لصديقه فلان بما له قبل فلان من دين، وقد تكون

(١) راجع قواعد ابن رجب وكشاف القناع والمغني والشرح الكبير والحطاب والزرقاني والزيلعي والبدائع ونهاية المحتاج والروض.
(٢) راجع المادة ٦٣، ٦٤ من المشروع.

بمنفعة عين كأن يوصي بغلة هذه الأرض لفلان أو بسكنى داره في جهة كذا لفلان، وقد تكون بحق كأن يوصي بتأجيل دينه قبل فلان إلى سنتين من بعد وفاته، وقد تكون بعمل يقتضي إنفاق مال أو بتصرف في مال كأن يوصي بأن يتصدق بكذا أو بأن يشترى لفلان دار أو بأن يوقف على جهة كذا ضيعته الكبرى ونحو ذلك، وقد تكون بإسقاط كأن يوصي ببراءة فلان من دينه أو ببراءته من كفالته لدين فلان وهكذا.

بم تستقر ملكية الموصى له:

(و) وقد عرفنا مما مضى متى يتملك الموصى له ما أوصى له به. وتبينا أن هذه الملكية لا تتوقف على القبض إذا ما كان الموصى به معينًا كهذه الدار، ولا على القسمة إذا ما كان شائعًا كثلث هذه الدار أو ثلث مالي[1]. ونقرر الآن أن هذه الملكية في مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه - لا تستقر بصفة ثابتة ولا تتأكد إلا بالقسمة والقبض. أما قبل ذلك فهي ملكية غير متأكدة لأن حق الوارث لا يزال متعلقًا بالموصى به؛ ذلك لأن للوارث حقا في أن يتملك على الأقل ثلثي التركة بعد الدين، وأن يسلمَا له، وأن يكون ما له ضعف ما للموصى له على الأقل. وسلامة الوصية مقيدة بذلك، فلا تتجاوز نصف ما للورثة إلا بإجازتهم مراعاة لهذا الحق، وتظل هذه المراعاة واجبة ما دامت التركة لم تقسم ولم تقبض. ولذا يعتبر الحنفية التركة بسبب مراعاتهم ذلك باقية على حكم ملك المتوفى حتى تقسم وتقبض ضمانًا لتلك المراعاة[2]، فإذا قسمت وسلمت كان لكل ذي حق فيها - من موصى له ووارث - حقه بصفة مستقرة مؤكدة، حتى إذا هلك حينئذ هلك على ملكه.

ثلث التركة التي تتقيد به الوصية:

بناء على ما ذكرنا يكون ما يهلك من التركة قبل قسمتها وقبضها هالكا على حكم ملك المتوفى عند الحنفية، ويصير الباقي بعد الهلاك هو التركة وكأن المتوفى لم

(١) راجع الهندية.
(٢) راجع المبسوط.

يترك غيره، فتتقيد الوصية بثلثه[1]، فإذا أوصى شخص لآخر بهذه الدار التي قيمتها ألف جنيه أو أوصى بألف جنيه أو بثلث ماله، وكانت قيمة أمواله عند الوفاة ثلاثة آلاف جنيه لا تحمل دينًا ما، ثم هلك منها قبل القسمة ما قيمته مائتا جنيه وألف، فإن الوصية في الأحوال الثلاثة المذكورة لا تنفذ بغير إجازة الورثة إلا فيما يحمله ستمائة جنيه فقط، وهو ثلث الباقي بعد الهلاك، فكان من ذلك أن نقص ما تنفذ فيه الوصية بهلاك بعض التركة بعد الوفاة وقبل قسمتها دون أن يمنع من ذلك ما كان ظاهرًا من ثبوت ملك الموصى له فيما أوصى له به كله منذ أن توفي الموصى بقبوله للوصية[2]، ذلك لما بيَّنا من أنها ملكية غير قارة وأنها على شرف الزوال بظهور أن الموصى به يزيد عن ثلث ما بقي من التركة، فيظهر ارتفاع الملكية عما يزيد، لا فرق في ذلك بين أن يكون الموصى به معينًا أو غير معين، شائعًا أو غير شائع، فهو حكم يعم الأحوال جميعها، هذا ما يفهم من عبارة البدائع في الوصية عند الكلام على زوائد الموصى به، وصياغتها تشير إلى أن الموضع ليس محل خلاف سواء أحدث الهلاك قبل القبول أم بعده ما دام قبل القسمة.

---

(١) إذا رجعت إلى باب زيادة الموصى به في الجزء التاسع والعشرين من كتاب المبسوط للسرخسي تبينت منه أن التركة تعتبر باقية على حكم ملك المتوفى حتى تقسم، وأن مرادهم بالقسمة التي جعلوها نهاية هذا الاعتبار تسليم كل ذي حق حقه من التركة، وإن شئت قلت قبض كل ذي حق - من وارث وموصى له - حقه من التركة، ذلك لأنك ترى في مسائل هذا الباب أن الموصى به يكون عينا معينة مفرزة كهذا العبد أو كهذه الدار، وباقي التركة كذلك، وأن الموصى به في هذه الحال يخرج من ثلث التركة، وأن تنفيذ الوصية عندئذ لا يحتاج إلى قسمة بين الورثة والموصى له لتعيين ما يملكه كل فريق منهما، فالعين الموصى بها للموصى له وباقي التركة للورثة، ومع ذلك تجد في بيان أحكام هذه المسائل التي تلاحظ فيها كل ذلك أنه إذا تصرف الموصى له في العين الموصى بها ثم حدث بعد ذلك نقص في باقي التركة بسبب تلف أو تغير قيمة وترتب على هذا النقص أن قيمة العين الموصى بها زادت عن الثلث فإن الوصية لا تنفذ في كل العين وإنما تنفذ فيما يسعه الثلث منها وتتوقف في الزائد، وأنه إذا تصرف الورثة فيما عدا العين الموصى بها ثم حدث تغير في قيمة الموصى به فزادت حتى ضاق عنها الثلث فإن الوصية لا تنفذ إلا فيما يسعه الثلث ويعللون ذلك بعدم التسليم، وعلى هذا فالتركة تعتبر باقية على حكم ملك الموصى إلى أن يتسلم كل من الموصى له والورثة أنصباءهم من التركة؛ ولذا نجد في المحيط البرهاني وفي البحر أن لفظة القسمة في هذه المواضع متبوع دائما بلفظ التسليم فكان مبينا للمراد منه.

(٢) راجع البدائع جـ٧ ص ٣٨٥.

وقد نستطيع أن نصور مذهب الحنفية تصويرا آخر أقرب إلى الوضوح والجلاء مما ذكرنا فنقول: إنهم يرون أن الموصى له يتملك ما أوصى له به بقبوله الوصية ملكا مستندًا إلى وقت وفاة الموصي متى كان يخرج من ثلث ما ترك، ويرون كذلك أن العبرة في النهاية بحال التركة عند قسمتها كما سيأتي، وذلك يؤول في الواقع إلى القول بأن الموصى له إنما يتملك بالوصية ما أوصى به وقت الموت بشرط ألا تزيد قيمته عن ثلث التركة عند قسمتها. ولما كان مقدار التركة وحالها عند قسمتها مجهولين قبل حدوثها كان مقدار ما يملكه الموصى له من التركة قبل قسمتها مجهولا كذلك. فإذا كانت الوصية بدار تخرج من ثلث التركة عند الموت وقد قبلها الموصى له فلا نستطيع الحكم بأن الدار كلها أصبحت مملوكة للموصى له بمجرد القبول ما دامت التركة لم تقسم لأنه قد يحدث بعد ذلك أن يهلك بعض التركة قبل قسمتها فتنقص قيمتها، وبذلك تصير قيمة الدار الموصى بها أكثر من ثلث ما بقي بعد الهلاك، فيظهر بعد ذلك يظهر أن الموصى له لم يملك كل الدار، وإنما ملك منها ما يحمله ثلث الباقي من التركة بعد الهلاك. وبناء على ذلك لا يتحقق مقدار ما يملكه الموصى له إلا بالقسمة، وإذن يكون المراد من قول الحنفية: إن تركة المتوفى مبقاة على حكم ملكه ما دامت لم تقسم أننا نعتبرها كذلك في حق بعض الأحكام كالهلاك حتى تعم آثارها كلا من الموصى له والورثة، وإن كانت التركة مملوكة لهم منذ الموت.

ومن هذا تعلم أن ما يكتسبه الموصى له من حق في الابتداء حق غير معلوم القيمة، سواء أكان ملكا في عين أم حقًا متعلقًا بثلث التركة أو بعين منها، وأن هذا الحق يتقيد ابتداء بثلث التركة عند الوفاة، ويتحدد به لأنه وقت التمليك، فلا يتجاوزه إلا بإجازة الورثة على أن يراعى في ذلك ابتداء وبصفة وقتية ما تقضي به الأسعار عند الموت من قيمة إذا ما احتيج إلى التقويم. ولكن إذا هلك شيء من التركة بعد ذلك وقبل قسمتها هلك على المتوفى، وقد يستتبع ذلك انتقاصًا في حق الموصى له كما بيّنا فلا يكون له من الموصى به إلا ما يحمله ثلث التركة عند القسمة[1] إذا ما بقيت الأسعار على حالها.

---

(١) راجع المبسوط وأدب الأوصياء.

وكذلك قد يكون تغير الأسعار وحده بعد الموت وقبل القسمة مؤديًا إلى هذه النتيجة عند الحنفية، افترض تركة تتكون عند الوفاة من عروض مختلفة الأنواع، وأن قيمتها كلها في ذلك الوقت ثلاثة آلاف جنيه، وأن المتوفى قد أوصى منها لصديق له بما تبلغ قيمته عند الوفاة ألف جنيه، وأن الأسعار تغيرت بعد ذلك وقبل قسمة التركة بين الموصى له والورثة فارتفعت قيمة العروض الموصى ببعضها وانخفضت قيمة الأنواع الأخرى من العروض، وترتب على ذلك أن زادت قيمة العروض الموصى بها عن ثلث قيمة كل العروض التي تتكون منها التركة واستمر ذلك إلى وقت القسمة. في هذه الحال لا يكون للموصى له من العروض الموصى بها إلا ما يحمله ثلث التركة جميعها بحسب الأسعار وقت القسمة فيما يظهر لي من كلامهم، وإن كانت قيمة الموصى به تخرج من ثلث التركة عند الموت ودليل ذلك ما في أدب الأوصياء ونصه، والمعتبر في تنفيذ الوصية من الثلث القيمة وقت القسمة لا وقت الموت، ومثله في القنية والخلاصة ويؤيده أيضًا ما في المبسوط من أن تركة الموصى بعد موته وقبل قسمتها مبقاة على ملكه أ هـ.

ومن الآثار المرتبة على هذا البيان أن الموصى به قد يرى عند وفاة الموصى أكثر من ثلث التركة في ذلك الوقت، ومع هذا فقد تنفذ الوصية فيه كله إذا ما زادت أسعار العروض الأخرى من التركة حتى صارت قيمة الموصى به عند القسمة تخرج من ثلث التركة، كما إذا أوصى شخص بدار قيمتها عند الوفاة ألف جنيه وقد مات عنها وعن عروض أخرى لا تزيد قيمتها عن ألف جنيه، ثم ارتفعت قيمة هذه العروض قبل قسمة التركة حتى صارت ألفي جنيه أو تزيد فإذا قسمت التركة على هذه الحال نفذت الوصية في كل الدار، وقد كانت عند الوفاة تزيد عن ثلث التركة. ومن الآثار أيضًا إذا أوصى شخص بأن يشتري بثلث تركته حبوبًا يتصدق بها، وكانت قيمتها عند الوفاة ثلاثة آلاف جنيه، فإن الوصية حينئذ لا تعلم قيمتها على وجه التحقيق، فإذا زادت قيمة التركة قبل قسمتها حتى أصبحت عند القسمة ستة آلاف جنيه كانت الوصية بها قيمته ألفا جنيه.

ومن هذا يتبين أن العبرة في النهاية لثلث التركة عند قسمتها فيقوم حينئذ جميع ما يبقى من التركة بما في ذلك الموصى به بحسب الأسعار وقتئذ ثم لا يكون للموصى له أكثر من ثلث الجميع[1]. أما ما جاء في بعض الكتب من أن العبرة بالثلث عند الموت فهو تساهل في التعبير لم يلاحظ فيه ما قد يصيب التركة من تغير قبل القسمة. ولعل مرجعه ملاحظة أن ما يصيب التركة من نقص يستوجب الضمان لا يؤثر في الوصية، ثم ملاحظة ما تتحدد به الوصية ابتداء حتى لا ينظر إلى المال وقيمته حين الوصية.

رأي المالكية:

وقد ذهب المالكية إلى مثل هذا الرأي، فجعلوا الموصى له مالكا لما أوصى له به إذا خرج من ثلث ما تركه الموصى عند وفاته، ويبتدئ ملكه من وقت الوفاة أو من وقت قبوله على ما بيَّنا، ومع ذلك لم يجعلوا له منه فعلا إلا ما يخرج من ثلث التركة عند قسمتها أو عند قبض كل من الورثة والموصى لهم حقوقهم، حتى إذا أوصى إنسان بما لا يزيد عن ثلث تركته عند وفاته، ثم هلك بعضها بعد ذلك، أو تغيرت أسعار أنواعها المكونة لها، فترتب على ذلك أن صار الموصى به أكثر من ثلثها بعد الهلاك أو التغير، لم تنفذ فيه الوصية إلا بقدر ما يحمله ثلث ما بقى من التركة بعد هلاك بعضها على حسب الأسعار وقت القسمة، ومرجع ذلك فيما يظهر لي إلى أنهم يرون أن الوصية إنما تتقيد بثلث التركة عند التنفيذ وأن الموصى له لا يظهر مقدار ملكيته إلا عند القسمة، ولا يتملك إلا ما يسعه ثلث ما يحضر من أموال التركة وسيأتي بيان هذا. وقد أوضحنا هذا بالمثل فيما تقدم. قال الشيخ العدوي في حاشيته على الخرشي ما نصه: «إن العبرة بالثلث يوم التنفيذ، زاد المال أو نقص» أهـ، ومثل ذلك في الشرح الكبير للدردير على متن خليل، وفي منح الجليل: أن المعتبر في ثلث الميت ثلث ماله يوم تنفيذ الوصية لا يوم موته. وهو صريح في أن نقص التركة قبل قسمتها يترتب عليه نقص الثلث الموصى به، سواء أكان مرجع هذا النقص إلى هلاك بعضها أم إلى انخفاض أسعار ما لم يوص بشيء منه أم إلى ارتفاع أسعار ما أوصى به، أم إلى اجتماع كل هذه الأسباب.

---

(١) راجع أدب الأوصياء.

وكذلك يكون الحكم في زيادة المال يوم القسمة عما كان عليه يوم الموت بسبب ظهور ثمراته، فإنه يترتب على ظهور الثمرات زيادة الثلث الموصى به، وذلك بأن يضم إليه من ثمراته ما يوازي ثلث جميع الثمرات التي وجدت بعد الموت، وسنزيد ذلك بيانًا عند الكلام على ثمرات المال الموصى به وزياداته. هذا هو أشهر الأقوال عند المالكية، ولهم أقوال أخرى قد نعرض لها فيما يأتي إذا اقتضى الحال[1].

رأي الحنابلة:

أما الحنابلة فقد علمت أن أصح الأقوال عندهم ثبوت ملك الموصى له بالقبول في وقته فيثبت حينئذ مستقرا، ولكن روي عنهم مع ذلك أنه لا يستقر إلا بقبض الموصى به إذا كان مكيلا أو موزونًا، ويستقر بالقبول فقط إذا كان الموصى به غير ذلك، ولعل مرجع التفرقة في هذه الرواية بين المثليات من المكيل والموزون وبين غيرها من الأموال أن المكيل والموزون معتبران من الديون التي تثبت في الذمة عند إرادة تمليكها، فإذا أوصى بشيء منها شغلت به ذمة الموصي ولا يستقر الملك فيما يكون به الوفاء منها إلا بقبضه وتعيينه بخلاف المال القيمي فإنه يتعين بذكره فيستقر الملك فيه بمجرد القبول، وكان من أثر وجود هاتين الروايتين عند الحنابلة خلافهم في صحة رد الموصى له الوصية بعد قبوله إياها، فعلى الرواية الأولى لا يصح رده الوصية إذا ما حدث بعد القبول وقبل القبض، ولا يصح رده إلا قبل القبول. وعلى الرواية الثانية يصح رده قبل القبول مطلقًا، أما بعد القبول فلا يصح إلا إذا كان الموصى به مكيلا أو موزونًا ما دام الرد قبل القبض أما بعده فلا يصح[2]. وكان مقتضى مذهب الحنابلة أن الاعتداد في تقدير قيمة الموصى به وفي خروجها من ثلث التركة أو عدم خروجها إنما يكون بحال كل من الموصى به والتركة **عند القبول**، لأنه وقت التملك عندهم على أصح الأقوال، وهذا ما ذهب إليه بعض الحنابلة ونقله عنهم صاحب الفروع في

---

(١) ذهب بعض المالكية إلى أن العبرة بثلث التركة وقت الموت لأنه وقت ثبوت الملك للموصى له وآخرون ذهبوا إلى أن العبرة بالثلث وقت القبول لأن الملك يثبت به. راجع الخرشي وحاشية العدوي عليه وشرح الدردير الكبير وحاشية الدسوقي عليه والحطاب والرهوني ومنح الجليل.

(٢) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٥٠٢ ومنتهى الإرادات جـ٢ ص ٥٥٣ والمغني والشرح الكبير جـ٦ ص٤٤٤ وقواعد ابن رجب.

فروعه، ولكن جمهرتهم لم يروا ذلك بل جعلوا الاعتداد بحالها وقت موت الموصي، لأنه وقت لزوم الوصية من ناحيته، فتعتبر قيمة الثلث أو قيمة التركة وقيمة الموصى به بحسب الأسعار في ذلك الوقت إن احتيج إلى التقويم في تعرف خروج الموصى به من ثلث التركة، فإن كان الموصى به وقت الموت مساويًا ثلث التركة أو أقل منه في وقته نفذت الوصية بلا توقف على إجازة الورثة واستحقه الموصى له، فإن زادت قيمته بعد ذلك قبل أن يتسلمه حتى صار معادلا لبقية التركة أو أكثر منه لم يكن لذلك تأثير في نفاذ الوصية فيسلم إلى الموصى له على أية حال، وإن كان الموصى به أكثر من ثلث التركة قيمة في وقت الوفاة توقفت الوصية فيما زاد منه على الثلث، فلا تنفذ إلا بإجازة جميع الورثة ولو نقصت قيمته بعد ذلك حتى صارت أقل من الثلث قيمة بسبب تغير الأسعار بأن نقصت قيمته أو زادت قيمة ما عداه. وبناء على ذلك إذا كانت قيمة الموصى به نصف قيمة التركة عند الموت لم يكن للموصى له منه إلا ثلثاه، وإن كانت قيمته ثلثيها لم يكن له منه إلا نصفه، وهكذا لا يغير من هذا الحكم أن تنقص قيمته بعد الموت حتى تكون أقل من ثلث التركة مهما كان السبب في ذلك، سواء أكان ذلك التغير نتيجة لنقص قيمته أم كان نتيجة لزيادة قيمة ما عداه، فلا يكون للموصي له منه أبدا إلا ما كان له عند الموت على ما بيّنا ولنضرب لذلك مثالا يوضحه: إذا أوصى شخص لآخر بدار وكانت قيمتها عند موته ألف جنيه وقد مات عنها وعن أموال أخرى قيمتها ألفا جنيه فكانت قيمة ما ترك ثلاثة آلاف جنيه، ثم تغيرت قيمة الدار بعد ذلك قبل أن يقبل الموصى له الوصية فأصبحت قيمتها أربعة آلاف جنيه بينما بقية قيمة العروض الأخرى - التي تتكون منها التركة - ألفي جنيه فلم تتغير، ثم قبل الموصى له الوصية، فإن الموصى له يستحق الدار الموصى بها وتسلم إليه على الرغم من أن قيمتها وقت التسليم ضعف قيمة بقية التركة. وكذلك يكون الحال إذا تغيرت قيمة العروض الأخرى بالنقص، وذلك اعتبارًا بوقت الموت، فقد كانت في وقته تخرج من ثلث التركة. وإذا ما ترك هذه الدار عند الموت وهي بهذه القيمة وترك معها عروضًا أخرى لا تساوي عند ذلك إلا خمسمائة جنيه، ثم تغيرت قيمة الدار بعد ذلك فنقصت إلى مائتي جنيه أو زادت قيمة العروض الأخرى مع بقاء الدار على قيمتها

فوصلت إلى ثلاثة آلاف جنيه ثم قبل الموصى له الوصية، فإنه لا يكون له في هذه الأحوال إلا نصف الدار اعتبارًا بوقت الموت، فهو القدر الذي يخرج من الثلث في ذلك الوقت. وكذلك الحكم عندهم إذا ما هلك الموصى به بعد الموت أو هلك بعضه فإنه يهلك على حساب الموصى له[1]، قال ابن رجل الحنبلي في قواعده ما ملخصه: إذا قبل الموصى له بالوصية دخل الموصى به في ضمانه بلا خلاف نعلمه في ذلك متى ما كان متمكنًا من قبضه، وعلى ذلك إذا هلك أو هلك شيء منه في هذه الحال هلك على ملك الموصى له. وكأن الهلاك كان بعد أن قبضه، وأما ما عداه من التركة فهو في ضمان الورثة، فإذا هلك شيء منه بعد القبول فإنه يهلك على الورثة وحدهم متى كانوا متمكنين من قبضه، ولا يرجعون بشيء على الموصي له فيما أوصى له به، فلو أن شخصًا أوصى لآخر بفرس قيمتها ألف جنيه بعد الموت وقد مات عنها وعن أموال أخرى قيمتها ألفا جنيه، فقبل الموصى له الوصية ثم هلكت الفرس بعد ذلك فإنها تهلك على ملك الموصى له سواء أقبضها أم لم يقبضها، وكذلك إذا هلك ما عداها من أموال التركة بعد القبول فإنه يهلك على الورثة فتكون الفرس كلها للموصى له دون أن يكون للورثة أي اعتراض على ذلك، لأن حقوق الورثة لم تتعلق بها لاختصاص الموصى له بها بدليل أن له أخذها بغير رضاهم[2].

أما قبل قبوله وبعد موت الموصى ففي ضمان الموصى به رأيان:

(أحدهما): أنه كذلك يكون على الموصى له أيضا متى كان متمكنا من قبضه وهو ظاهر كلام أحمد والخرقي وصاحب المغني والترغيب وغيرهم، اقتصروا على هذا الرأي ولم يحكوا فيه خلافًا، ووجه ذلك الرأي على القول بأن الموصى به يملك الموصى به من حين الوفاة بيِّن، أما على القول بأنه لا يملك إلا من وقت القبول وهو أصح الأقوال عند الحنابلة، فوجهه أن حق الموصى له تعلق بالموصى به منذ الموت تعلقًا بمنع الورثة من التصرف فيه، فأشبه العبد الذي يجني على مال آخر فيكون له أن يأخذه ببدل جنايته، فإذا ما أخر المجني عليه استيفاء حقه من رقبته زمانًا حتى نقصت

(١) راجع كشاف القناع والشرح الكبير جـ٦ ص ٥٢٢ والفروع.

(٢) راجع الشرح الكبير جـ٦ ص ٥٢٢ والمغني وقواعد ابن رجب «القاعدة ٥١».

قيمته أو مات، فإن ذلك يكون على حساب المجني عليه وإن لم يملكه فعلا قبل ذلك، فلا يطالب مالكه بشيء. وعلى هذا فلا يختلف الحكم عند هلاك الموصى به أو عند هلاك ما عداه في المسائل السابقة عما بيّناه فيها، لأن ما عدا الموصى به يدخل في ضمان الورثة بالموت عند التمكن من قبضه[1].

(ثانيهما): أن الموصى به لا يدخل في ضمان الموصى له إلا بقبوله الوصية على الوجوه كلها، وهذا ما جزم به صاحب المحرر، وهو واضح على القول بأن الموصى له لا يملك إلا من وقت القبول، أما على القول بأنه لا يتملك من وقت الموت فوجهه أن هذا الملك إنما ثبت في هذا الوقت تبعًا لثبوته بعد في وقت القبول، لأن الموصى به لا يملك إلا به، فإذا هلك شيء منه قبل القبول لم يثبت في الهالك ملك حين القبول، لأنه معدوم في ذلك الوقت والمعدوم لا يملك. وإذا لم يتصور ثبوت ملك للموصى له فيه حين القبول لم يثبت له ملك فيه كذلك عند الموت لما بيّنا من أن ثبوت الملك عند الموت تبع لثبوته في وقت القبول لأن القبول شرط في ثبوت الملك عند الموت، وإذا لم يثبت فيه ملك للموصى له عند الموت لم يهلك عليه. وهذا واضح على الرزاية الأخرى التي تشترط القبول في ثبوت ملك الموصى له، أما على الرواية الأخرى التي تثبت الملك للموصى له بمجرد موت الموصي، فينبغي أن يكون الموصى به في ضمان الموصى له من وقت الموت وخاصة إذا لوحظ أنه متبرع به.

وليس يخفي عليك أن القول بأن دخول الموصى به في ضمان الموصى له لا يكون إلا بالقبول، يقتضي أن يكون الموصى به قبل القبول في ضمان التركة وإن شئت قلت في ضمان المتوفى حكما، ويقتضي كذلك أنه إذا هلك شيء من التركة هلك عليها لا على الموصى له لأن شيئا منها لم يدخل في ضمانه. وعلى هذا فالهلاك تكون نتيجته في الواقع على الورثة فيعطى الموصى له أولا ما أوصى له به من أسهم أو عين غير معينة أو مال مرسل متى كان لا يزيد على ثلث التركة عند الموت والباقي للورثة. وهذا بالضرورة إذا لم يكن الهالك عينا معينة موصى بها كما بيّنا، فإن كان الموصى به عينا معينة فهلكت بطلت الوصية لتعلقها بها دون غيرها من أعيان التركة. والقول بهذا

(١) راجع قواعد ابن رجب «قاعدة ٥١» والشرح الكبير.

يضر الورثة وحدهم قطعا إلا أن يقال إن هذا الرأي كما يقتضي أن يكون الهلاك قبل القبول على التركة يقتضي أيضا أن يكون الاعتداد في تقويم التركة وخروج الموصى به من ثلثها أو عدم خروجه مرجعه إلى حال التركة وقت القبول لأنه وقت تملك الموصى له وضمانه لا وقت الموت، وقد ذكرنا أن ذلك رأي ارتآه بعض الحنابلة وإذا أخذنا به لم ينل الورثة وحدهم الضرر بالهلاك بل يعم أثر الموصى له والورثة جميعا. ولكنك قد علمت أنه غير الصحيح، قال ابن قدامة في المغني ما ملخصه: والقول باعتبار وقت الموت في نفاذ الوصية وخروجها من ثلث التركة هو أصح الأقوال عندنا وهو قول عند الشافعي وقول أصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا. أقول: وهذا ما يتسق مع ما ذهب إليه الحنفية والشافعية على أصح الأقوال عندهم من ثبوت الملك للموصى له من وقت وفاة الموصى، فإن ثبوته في هذا الوقت يقتضي أن يكون الاعتبار بحسب حال التركة والموصى به عنده، لأنه وقت انتقال التركة إلى ملك كل من الموصى له والورثة، ولكنك قد علمت مما نقلناه عن أدب الأوصياء أن العبرة بالقيمة وقت القسمة عند الحنفية، وقد جاء مثل ذلك في المبسوط، فهل للحنفية في هذا الموضوع رأيان؟ لقد بحثت كثيرا فلم أظفر بغير ما ذكرته لك.

وعسى أن تكون الحكمة في جعل العبرة بحال التركة عند القسمة مراعاة الأمر الواقع المستقر، فالشارع إنما أراد أن يعطي الورثة من التركة ضعف ما يأخذ الموصى لهم على الأقل، وذلك لا يكون حقيقيا ولا يؤدي الغرض المقصود من التشريع إلا إذا تحقق عند القسمة، فَيُسَلَّمُ إلى الورثة من التركة ضعف ما يسلم إلى الموصى لهم على الأقل، أما إذا روعي حال التركة عند الموت فقط دون ما يطرأ عليها من تغير بعد ذلك كما هو أصح الآراء عند الحنابلة فقد ينتهي الأمر في بعض الأحيان إلى أن يعطى الموصى لهم منها ما تكون قيمته عند التسليم أضعاف ما أعطي للورثة منها في الوقت نفسه، وإنه لمن العسير عند ذلك أن تطمئن النفس إلى أن أمر الشارع بقصر الوصية على ثلث ما يتركه المتوفى قد نفذ على وجهه المطلوب وطبق التطبيق المؤدي إلى تحقيق ما قصده الشارع من شرع الحكم. لمثل هذا أخال أن الفقهاء ما جعلوا الاعتبار بحال التركة عند قسمتها إلا لتحقيق ما قصده الشارع من أغراض وحكم.



رأي الشافعية:

أما الشافعية فإنهم يذهبون إلى أن العبرة بما يوجد للموصى من مال عند الموت إذا ما أوصى بجزء شائع كثلث المال أو ربعه، فينسب ذلك إلى ما يوجد من مال عند الوفاة لمعرفة مقدار ما أوصى به، لأنه وقت التمليك ولزوم الوصية من جهة الموصى، وذهب بعضهم إلى أن العبرة مما يوجد له من مال عند الوصية فلا اعتبار لما يحدث له من أموال بعد صدور الوصية، حتى لو كانت قيمة أمواله عند صدرر الوصية ثلاثة آلاف جنيه وعند الوفاة ستة آلاف جنيه وكانت الوصية بالثلث لم يكن للموصى له إلا ما قيمته ألف جنيه فقط اعتبارا بحال صدور الوصية، وذلك كالحكم في النذر إذا ما نذر إنسان أن يتصدق بثلث ماله، فإنه لا يلزم إلا بثلث ماله عند النذر لا عند قيامه بتنفيذ النذر، ولكن هذا القياس لا يؤيد هذا الرأي، لأن الناذر إنما يلزم بثلث ماله عند النذر لأنه وقت الالتزام ووقت لزومه للناذر، ونظير هذا الوقت في الوصية هو وقت الموت لا وقت الوصية، فكان الحكم في النذر متسقا مع الرأي الأول لا مع هذا الرأي.

وقد اتبع الشافعية في تطبيق حديث لا وصية بأكثر من الثلث طريقة لا تخلو عن نقد كما سنبين لك ذلك، فقالوا إذا أريد معرفة ما تنفذ به الوصية وما يبقى للورثة من التركة بعد الموصى به يجب مراعاة قيمة الموصى به وألا يكون للموصى له أكثر من نصف ما يكون للورثة. وذلك يتحقق بأن تعتبر حال الموصى به وقت الوفاة، فتعتبر قيمته بحسب الأسعار في ذلك الوقت، أما قيمة الباقي من التركة بعده فهي أقل قيمة كانت له فيما بين وقت وفاة الموصى ووقت قبض الورثة. وإنما اعتبرت له أقل قيمة كانت له في هذه الفترة لأن قيمته إذا زادت عما كانت عليه عند الوفاة فهي زيادة حصلت على ملك الورثة فهي لهم لا يصح أن يشركهم في الانتفاع بها الموصى له، وإذا نقصت عما كانت عليه فهو نقص حصل قبل قبضهم فلا يحتسب عليهم ولا يؤاخذون بما لم يقبضوه.

وهاك ما جاء في التحفة والنهاية ومغنى المحتاج موضحا: أن العبرة في احتساب قيمة ما يفوت على الورثة من التركة بسبب تبرع مورثهم في مرض موته أو بسبب وصيته، واحتساب قيمة ما يبقى لهم منه، حتى لا يكون المتبرع به أكثر من نصف

ما يبقى لهم، تختلف باختلاف حال التبرع، فإذا كان التبرع منجزا في مرض الموت اعتبرت قيمة المتبرع به وقت التصرف فإذا توفي المتبرع نظرنا إلى ما ترك عند موته مضافا إليه ما تبرع به فإن وفى ثلثه في ذلك الوقت بقيمة ما تبرع به نفذ تبرعه وإن لم يوف لم ينفذ منه إلا بقدر الثلث. وإذا كان التبرع مضافا إلى ما بعد الموت وهو الوصية اعتبرت قيمة الموصى به عند الموت، وقيمة ما بقي من التركة للورثة على أقل حال وصلت إليها قيمته فيما بين الموت والقبض؛ ذلك لأنه إذا كانت قيمته وقت الموت أقل قيمة كانت له في تلك المدة فالزيادة عليها فيها حصلت على ملك الورثة فتكون ملكا خالصا لهم لا يحتسب من التركة، وإذا كانت قيمته وقت القبض أقل قيمة كانت له فما كان فيها من زيادة قبل ذلك لم يقبضها الورثة فلا تحتسب عليهم أ هـ.

وبناء على ذلك يجب أن يوازن بين الموصى به مقوما بقيمته عند الموت وبين ما بقي للورثة من التركة مقوما بأقل قيمة تكون له فيما بين الموت وقبض الورثة فلا يجوز أن يتجاوز الموصى به نصف ما بقي للورثة على هذا الاعتبار، فإذا أوصى إنسان بدار ثم توفي عن هذه الدار وعن أرض زراعية وكانت قيمة الدار عند الوفاة ألف جنيه وقيمة الأرض عند ذلك ألفي جنيه ثم نقصت قيمة الأرض بعد ذلك قبل أن يتسلمها الورثة إلى ألف جنيه لم يكن للموصى له من الدار إلا ثلثاها لأنهما نصف الباقي للورثة من التركة على أقل قيمة لها.

ويبدو لي أن هذا التفريق غريب فإنه يترتب عليه أن تقوم العين الواحدة في مسألة واحدة بقيمتين مختلفتين وذلك ما لا يقره الوزن الصحيح بيان ذلك أننا إذا فرضنا في المسألة السابقة أن الوصية كانت بنصف الدار شائعا وأن الدار قد نقصت قسمتها أيضا إلى ستمائة جنيه فإننا نقومها على اعتبارين فنقومها على اعتبار أن بعضها موصى به بقيمتها عند الموت وهي ألف جنيه فتكون قيمة الموصى به خمسمائة جنيه. ثم نقومها على اعتبار أن بعضها باق للورثة بقيمتها بعد ذلك وهي ستمائة جنيه فتكون قيمة النصف الباقي ثلثمائة جنيه وهذا غير مقبول، فهل للشافعية في هذا قيود تدفع ذلك الاعتراض؟ لم أر لهم في ذلك شيئا، وقد علمت من عبارة المغني السابقة أن لهم

قولا آخر هو اعتبار حال الموت فقط وهو قول بيّن واضح المأخذ وقد جاء فيه أيضا ما يفيد أن لهم في استقرار ملك الموصى له للموصى به رأيين أحدهما أنه لا يستقر إلا بالقبض وبنوا على ذلك أن للموصى له أن يرد الوصية قبل القبض وبعد القبول وثانيهما أنه يستقر بالقبول وبنوا عليه أنه لا يصح منه الرد إلا قبل القبول ومثله في الشرح الكبير.

خلاصة الآراء المتقدمة:

ومما تقدم يتبين لنا أن الحنفية، والمالكية على أشهر الأقوال عندهم، قد راعوا في تقدير ما لكل من الموصى له والورثة الأمر الواقع عند القبض، حتى لا يكون أي غبن، وحتى يكون أي تغير يحدث في الأنصباء بعد ذلك إنما يحدث بعد خلوص كل نصيب لمالكه وانقطاعه انقطاعا تاما عن المورث، وهذا غاية في العدل، وأن الحنابلة قد راعوا وقت التملك فاعتبره وقت انقطاع المال عن المورث، واعتبروا كل تغير يحدث بعد ذلك حادث بعد استقرار الملك، لا فرق بينه وبين ما يحدث بعد القبض. وعلى كل فقد كال الجميع من الموصى له والورثة بكيل واحد وإن اختلف الكيل باختلافهم.

أما الشافعية فقد كالوا للموصى له بكيل وللورثة بكيل آخر كما تقدم فراعوا في ذلك جانب الورثة غاية المراعاة بينما كانت مراعاتهم لجانب الموصى له قليلة أو ضعيفة، ولعل مرجع ذلك عندهم إلى أنه دخيل على الورثة، فاكتفوا بأن يعطوه ما قصد الموصي أن يملكه إياه، ولا يراعى الموصي في وصيته إلا ما يكون عليه المال عند وفاته، فاعتبروا ذلك الوقت بالنسبة له.

تأثير غيبة بعض أموال التركة في الوصية:

ومع هذا كله فقد اتفقت كلمتهم جميعا على ألا يعطى الموصى له فعلا عند التنفيذ إلا ما يخرج من ثلث أعيان التركة الحاضرة[1]، وأن ينتظر فيما بقى له مما أوصى

(١) وقد يقال أن سبب ذلك هو أن الموصى له لا يتملك من الموصى به إلا ما يسعه ثلث المال الحاضر ولا يتملك ما عداه إلا إذا حضر من التركة مال فيتملك منه حينئذ بقدر ثلث ما حضر وقد يقال إن السبب هو تعلق حق الورثة بما عدا ذلك لجواز تلف المال الغائب وسنزيد هذا فيما بعد بيانا.

له به بحضور بقية أعيان التركة، فكلما حضر منها شيء أعطي من الموصى له بقدر ثلث ما حضر حتى يستوفي وصيته، غير أن الحنابلة إنما يعتبرون حضورها عند الوفاة ولا تأثير لغيبته بعد ذلك في حق الموصى له إذا ما أوصى له بعين حاضرة أو بوصية مرسلة مثلا. وعلة ذلك أن للمال الحاضر فضلا على المال الغائب فربما توى المال الغائب أو ضاع أو لم يستطع الحصول عليه فيكون هالكا، أو كالهالك، ومن العدل حينئذ ألا يختص به الورثة وإلا كان غبنا عليهم.

وبناء على ذلك إذا أوصى إنسان بقدر من المال كألف جنيه أرسلها، أو عينها بالإشارة أو بالمكان مثلا، أو أوصى بجزء شائع في التركة، أو شائع في عين منها، أو أوصى بعين غير معينة كسيارة أو نحو ذلك من الأموال الحاضرة، وكان الموصى به يخرج من ثلث التركة على حسب ما بينا من وجوه الخلاف، وكانت التركة عند الوفاة مكونة من أعيان حاضرة وأخرى غائبة، أو كانت مكونة من أعيان حاضرة وديون، فإنه يجب أن ينظر إلى الحاضر من التركة فإن خرج من ثلثه الموصى به أعطى جميعه إلى الموصى له في جميع الأحوال المذكورة، لتقدم الوصية على الميراث، ولأن الموصي أراد أن يختص الموصى له بهذا القدر من التركة، وهو قدر يجب أن يسلم إليه لو أن التركة لا تتكون إلا من هذا المال الحاضر، ولذا يكون تسليمه إليه أوجب إذا ما تكونت منه ومن غيره.

وإن لم يخرج من ثلثه الموصى به أعطينا الموصى له منه قدر الثلث فقط، ثم انتظرنا بما بقي له من وصيته، فكلما حضر شيء أخذ الموصى له بقدر ثلثه حتى يستوفي حقه، ولنضرب مثلا موضحا: إذا أوصى إنسان لآخر بألف جنيه أو بدار قيمتها ألف جنيه أو بثلث أرضه التي تبلغ قيمتها ثلاثة آلاف جنيه، ثم وجدنا أن قيمة ما حضر من أعيان التركة بما في ذلك الموصى به ثلاثة آلاف جنيه أو تزيد، فإننا نعطي الموصى له كل الموصى به، فإن كان في التركة نقود تفي بالمبلغ الموصى به نفذنا فيها الوصية وإلا بعنا من الأعيان الأخرى بقدر ما يفي بالوصية كما سيأتي، كما ننفذها بتسليم جميع الدار الموصى بها إلى الموصى له أو بتسليم الحصة الشائعة في الأرض عند الوصية بذلك.

ولكن إذا وجدنا أن قيمة الأعيان الحاضرة من التركة بما في ذلك الموصى به مائتا جنيه وألف فقط فإننا لا نعطي الموصى له حينئذ إلا أربعمائة جنيه إن كانت الوصية بألف جنيه، وإلا ما قيمته من الدار أو من الأرض أربعمائة جنيه إن كانت الوصية بالدار أو بثلث الأرض، فإذا اقتضينا من التركة ديونا قيمتها ستمائة جنيه أو عثرنا على عروض كانت ضائعة للتركة أو استرددناها من غاصبها وكانت قيمتها ستمائة جنيه أعطينا الموصى له من بقية الألف مائتي جنيه أو جزءا من الدار أو من الأرض قيمته مائتا جنيه، وهكذا نفعل كلما حضر شيء من أعيان التركة حتى يستوفي الموصى له جميع الألف أو يتسلم كل الدار أو ثلث الأرض.

وبناء على ذلك يكون ما يبقى من الموصى به عند تعيينه موقوفا إلى أن يحضر الغائب من أعيان التركة أو يظهر هلاكه عليها ما دام الحاضر لا يخرج من ثلثه الموصى به، وعلى حسب ذلك يتبين حال ما بقى من الموصى به نهائيا أهو للموصى له أو للورثة[1] غير أنه يلاحظ أن العبرة عند الحنفية بحضور الأعيان عند التنفيذ فلو كانت حاضرة عند الوفاة ثم غابت بلا إهمال يستوجب الضمان قبل التنفيذ فإنها تعتبر غائبة خلافا للحنابلة.

وهذا هو مذهب الحنفية لا يفرقون بين أن تكون الوصية بنقد أو بعين معينة أو بعين غير معينة أو بجزء شائع كما هو صريح تفريع المبسوط وضربه للأمثال وكما هو مقتضى تعليلهم هذا الحكم، وعلى ذلك فما يرى في كثير من كتب الحنفية في هذا الموضوع من التمثيل له بالوصية بالنقد لا يراد به التقييد وإنما جاء في كلامهم مجرد مثال للتوضيح.

وكذلك لا يفرق الحنفية بين أن يكون المال الحاضر من أعيان التركة نقودا أو عقارا أو عروضا أو حيوانا فيحتسب قيمة كل ذلك لكي تنفذ الوصية في الحال بقدر ثلث قيمة جميع الموجود من الأعيان، وذلك ما يؤخذ من عبارة المبسوط وضربه للأمثال ومن بيانه للعين والدين في مثل هذا الموضع، وهو أيضا صريح عبارة مجمع

---

(١) راجع المبسوط في الوصية والمغني والشرح الكبير ونهاية المحتاج والحطاب.

الأنهر وعلى هذا الأساس يجب أن تفسر كلمة «العين» التي ترد في كتب أكثر الحنفية عند تعرضهم لبيان هذا الموضوع بقولهم: وإذا أوصى بألف وله دين وعين فإن خرج من ثلث العين دفع إليه وإلا أعطي بقدر ثلث العين أ هـ. ومن هذا يتبين أن ما ذهب إليه بعض المؤلفين من الحنفية من تفسير العين بالنقد ليس في محله.

وكذلك لا فرق بين أن يكون الغائب من أعيان التركة دينا أو عروضا ضائعة أو مغصوبة أو في بلد محارب وإن لم يصرح الحنفية بذلك وذلك أخذا من تعليلهم تقديم العين على الدين بأن للعين فضلا على الدين فإن الدين قد يتوى فيضيع على الورثة. ومن قولهم أن للحاضر فضلا على الغائب فقد لا يستطاع الحصول على المال الغائب لأي سبب من الأسباب.

ولا نريد بالمال الغائب إلا ما كان خارجا عن تصرف كل الموصى له الورثة، أو كان مخوفا عليه بأن كان في بحر غير مأمون على السفن فيه أو لدى غاصب ولا حجة عليه أو وجدت الحجة ولا قدرة عليه أو نحو ذلك. أما الودائع في البنوك والمصارف المالية وكذا المال في أيدي الوكلاء وما أشبه ذلك فإنه يعد من المال الحاضر.

وكذلك إنما يعد الدين من الأموال الغائبة إذا كان على أجنبي، أما إذا كان على أحد الورثة أو كان على الموصى له فلا يعد جميعه غائبا، ذلك لأننا عند قسمة ما حضر من الأموال نعتبر كلا من الوارث المدين والموصى له المدين قد استوفى حقه في وصيته مما عليه من الدين للتركة إن كان الدين مثل حقه أو أكثر، فيسقط عنه الدين بذلك وكأنه قد أخذ منه ثم دفع إليه في وصيته، وبذلك يصير الدين على الوارث أو على الموصى له متى لم يرد على حق كل في التركة مالا حاضرا، وإن شئت قلت نعتبر من الأموال الحاضرة ما يساوي حق هؤلاء في التركة من دين التركة عليهم دون ما يزيد على حقوقهم منه فإنه يعتبر غائبا، فإن لم يزد الدين على الحق اعتبر الدين كله مالا حاضرا. وعلى هذا يضم هذا الدين إلى الأموال الحاضرة فيراعى في قسمتها على الورثة والموصى له ولنضرب مثالا يوضح ذلك: إذا أوصى شخص لآخر بربع تركته وترك ورثة هم بنتان وابن مدين بأربعمائة جنيه وترك أموالا حاضرة قيمتها مائتان

وأربعون جنيهًا فإننا نسلك الطريق الآتي عند القسمة:

الورثة ابن وبنتان فيكون لكل بنت سهم وللابن سهمان من أربعة أسهم تقسم إليها التركة بعد تنفيذ الوصية، وبما أن الوصية بربع المال تكون ثلاثة أرباعه الباقية عبارة عن السهام الأربعة التي تنقسم إليها التركة بعد الوصية، وعلى هذا الأساس تكون كل التركة بما فيها الوصية عبارة عن خمسة أسهم وثلث سهم من جنس السهام الأربعة، منها للورثة أربعة أسهم وللموصى له سهم وثلث سهم، ولتصحيح السهام نضربها في ثلاثة «مقام ثلث السهم» فتكون جملة السهام ستة عشر سهمًا، منها اثنا عشر سهمًا للورثة (لكل بنت ثلاثة أسهم وللابن ستة أسهم)، والباقي أربعة أسهم للموصى له، وعلى ذلك يكون ما يخص البنتين والموصى له هو (٣+٣+٤=١٠) عشرة أسهم، وهو ما يوازي المال الحاضر لأن الابن لا يعطى أي شيء من التركة الحاضرة بسبب أن دينه أكثر منها فعلا، إذ إن الدين يبلغ أربعمائة جنيه بينما تبلغ التركة أربعين جنيها ومائتين فقط، وإذن لا يعطى هذا المبلغ إلا للموصى له والبنتين، ومجموع سهامهم عشرة أسهم، فيكون مقدار السهم أربعة وعشرين جنيهًا، وسقط عن الابن من الدين أربعة وأربعون جنيها ومائة، فصار ما بقي عليه من الدين ستة وخمسين جنيهًا ومائتين، واعتبر أن المال الحاضر الذي تتكون منه التركة هو (٢٤٠+١٤٤=٣٨٤) أربعة وثمانون جنيها وثلثمائة، أخذ الموصى له منه ربعه ٩٦وهو بالنسبة إلى المال الحاضر حقيقة خمساه.

وهكذا تكون القسمة ما دام دين الابن لا يقل عن أربعة وأربعين جنيها ومائة، فإذا ما قل عن ذلك ضم الدين إلى قيمة المال الحاضر وهي أربعون جنيهًا ومائتان، ثم يقسم المجموع على ستة عشر سهمًا لنصل إلى مقدار السهم، ثم إلى مقدار نصيب كل من الورثة والموصى له، على أن يحتسب كل الدين من نصيب الابن المدين ولا يعطى إلا زيادة نصيبه عليه.

وكذلك الحال إذا كان الموصى له المدين، غير أن الطريق إلى قسمة التركة بينه وبين الورثة في هذه الحال أيسر، فإنه يكفي لذلك أن يوازن بين الدين الثابت في ذمة

الموصى له وبين قيمة ما أوصى له به. فإن كان مساويا لها أو أكثر لم يعط الموصى له شيئا من التركة الحاضرة أعيانها، لأنه يعتبر مستوفيا حقه في الوصية مما عليه من الدين، فتنقسم الأموال الحاضرة حقيقة بين الورثة فقط، ويطالبون الموصى له بما يبقى من الدين عليه بعد أن يستوفى منه وصيته إن بقيت منه بقية، وإن كان الدين أقل من الموصى به اعتبر الدين جميعه مالا حاضرا فضم إلى قيمة الأعيان الحاضرة، وقسم على الجميع، على أن يكون الدين جميعه من حظ الموصى له. فإذا توفي شخص عن بنت وزوجة وتركة حاضرة تبلغ قيمتها أربعمائة جنيه وألفين، وقد أوصى لشخص بثلث تركته، وكان هذا الشخص الموصى له مدينا بستمائة جنيه، ففي هذه الحال تعتبر قيمة التركة الحاضرة ثلاثة آلاف جنيه، للموصى له منها ألف جنيه يحتسب منها الدين وهو ستمائة جنيه، فيكون له من المال الحاضر حقيقة ما قيمته أربعمائة جنيه، ويكون الألفان للورثة، وإن كان الموصى له مدينا بخمسمائة جنيه وألف فإنه لا يعطى شيئا من المال الحاضر فعلا، وتتبع الطريقة السابقة في القسمة فيتبين منها أن ما يعتبر حاضرا من التركة ٣٦٠٠ جنيه له منها ١٢٠٠جنيه تقتطع من دينه فيبقى منه بعد ذلك مبلغ ثلثمائة جنيه، له منها بمقتضى الوصية ثلثها وهو مائة جنيه، ويبقى للورثة لديه مائتا جنيه يطالبونه بها، وذلك مقدار زيادة الدين على ما أوصى له به.

رأي الشافعية والحنابلة:

وأما الحنابلة والشافعية فلهم في ذلك رأيان، أحدهما ما ذهب إليه الحنفية وهو ما بيناه[1]، وثانيهما أن الموصى له لا يكون له من وصيته إلا بقدر ما يخرج

---

(١) غير أن الحنابلة يقومون ما يحضر من التركة بقيمته عند الموت ولكن على اعتبار أدنى صفة كانت له فيما بين وقت الموت ووقت التحصيل أو الحضور، لأنه كان غير مضمون على الورثة قبل قبضه فإذا نقص بسبب من الأسباب قبل الحصول عليه كان نقصه على التركة فتعتبر حاله عند هذا النقص أساسا ولكن على أن يقوم بحسب الأسعار التي كانت لمثل هذه الحال عند الموت وإذا زاد لم تعتبر الزيادة لأنها زيادة مال مملوك للورثة راجع كشاف القناع ج٢ ص٥٢٣. أما الحنفية فيعتبرون القيمة عند القسمة على حسب حاله عند ذلك ولا يبعد أن يكون ذلك هو مذهب الشافعية لإطلاق عبارتهم.

ثلث المال الحاضر من التركة عند الوفاة كما تقدم[1]، ولكن إذا كان الموصى به عينا معينة لم تسلم إليه مع ذلك، ولا يسلط على ما يحمله منها ثلث المال الحاضر، بل يوقف أمرها حتى يتبين مال الغائب. ذلك لأنه لو سلط الموصى له على ما يحمله منها ثلث المال الحاضر فتصرف فيه وانتفع به، وجب أن يسلط الورثة كذلك على ما بقى منها حتى يرتفع الغبن عنهم، وذلك متعذر، لأنه لو أجيز لهم أن يتصرفوا فيه، فباعوه أو وهبوه مثلا، ثم سلم المال الغائب فحضر بعد ذلك، فإن العين كلها تظهر سلامتها للموصى له، ويتبين أنه لم يكن للورثة حق التصرف في شيء منها، وذلك يؤدي إلى الإضرار بالموصى له إن نفذ التصرف، أو بمن تصرف من الورثة إن لم ينفذ، لهذا يجب ألا يسلط الموصى له على شيء من العين الموصى بها في هذه الحال، قال الزركشي من الشافعية ومن رأى رأيه إن هذا التعليل يقتضي أن التصرف الممنوع هو التصرف الذي ينقل الملكية أو يرتب للغير حقا، لأن الضرر لا يترتب إلا عليه، أما الانتفاع فلا ضرر فيه، لأنه إذا ظهر أن جميع العين الموصى بها من حق الموصى له بعد أن يكون الورثة قد انتفعوا بشيء منها لم يترتب على ذلك إلا إلزامهم بقيمة ما انتفعوا ولا ضرر في ذلك.

وهذا الرأي الثاني هو أصح القولين عند الشافعية وأضعفهما عند الحنابلة، وفي رأيي أنه محل نقد؛ لأن ما يستحقه بصفة مؤكدة مستقرة لا تحتمل الزوال، بدليل أنه يجب أن يسلم إليه إذا لم يترك الموصى إلا هذه الأموال الحاضرة، وإذا ملكه بصفة

---

(١) جاء في شرح الروض في باب الوصية ص٤٢ ج٣: إذا أوصى إنسان بعين لا تزيد عن ثلث ماله، وهي حاضرة وباقي التركة غائب ملك الموصى له منها ما يوازي ثلث المال الحاضر فقط لجواز تلف الغائب وعدم إجازة الوارث أهـ وفي كشاف القناع: وإنه لم يكن للموصى سوى ما أوصى به من مال معين إلا مال غائب فللموصى له ثلث الموصى به وكلما حضر من الغائب شيء ملك الموصى له من الموصى به قدر ثلثه حتى يملكه كله أهـ ص٥٢٣ جـ٢ والعبارتان تدلان على أن الموصى له لا يتملك من الموصى به المعين إلا بقدر ما يسعه ثلث المال الحاضر وإن خرج من ثلث التركة كلها ولا يملك بالقبول ما عدا ذلك إلا عند حضور أعيان التركة وغيبتها. فالحنابلة يرون أن العبرة في ذلك بوقت الوفاة فلا يغير الموصى به أن يغيب بعد ذلك بعض أعيان التركة لأنه لا يغيره عندهم أن تهلك فحال الغيبة أولى بهذا الحكم وذلك ما يظهر من عباراتهم في كتبهم. أما غيرهم من الفقهاء وهم الذين يجعلون لهلاك بعض أعيان التركة بعد الوفاة وقبل التنفيذ تأثيرا في الوصية فإنهم يعطون هذا الحكم أيضا للغيبة لأنها قد تكون طريقا إلى الهلاك وعلى ذلك فالعبرة عندهم في ذلك بوقت التنفيذ هذا ما ظهر لي.

مستقرة وجب أن يسلط عليه نتيجة لملكه، ولا يلزم من ذلك تسليط الورثة على باقيها، لأن حقهم فيه لم يستقر ولا يزال للموصى له حق متعلق به.

وإذا كان الموصى به معينًا فسلم إلى الموصى له منه ما حمله ثلث المال الحاضر على الرأي الأول لم يسلم إلى الورثة باقيه إذا كانت الوصية تخرج من ثلث كل المال، بل يوقف حتى يظهر مآل بقية المال، وإنما يسلم إلى الورثة ما عداه أو زاد منه على ثلث المال كله، فلو ترك الموصى عينًا قيمتها عشرة ودينًا قيمته عشرة وأوصى بنصف العين، سلم إلى الموصى له ثلث العين، وهو ما يخرج من المال الحاضر «العين»، وسلم إلى الورثة نصفها وهو الباقي منها بعد الوصية، ووقف السدس وهو بقية الوصية حتى يظهر مآل الدين، فكلما أخذ منه شيء أعطى للموصى له منه بقدر ثلثه حتى يستوفي السدس الموقوف، ولو ترك عينًا قيمتها تسعة ودينًا قيمته تسعة وأوصى بالعين لرجل أعطى الموصى له ثلثها وهو ما يحمله ثلث المال الحاضر، وأعطى الورثة ثلثها وهو ما زاد عن ثلث كل المال، وبقي ثلثها وهو بقية الوصية النافذة موقوفا، فكلما استوفى من الدين شيء فللموصى له من هذا الثلث بقدر ثلثه حتى تتم وصيته النافذة وهي ثلثا العين.

رأي المالكية:

وأما المالكية فيرون كذلك رأي غيرهم في وجوب تنفيذ الوصية وتسليم الموصى له جميع ما أوصى له به إذا ما خرج عن ثلث ما حضر من التركة، لا يستثنى من ذلك إلا مسألة واحدة اختلف فيها نظرهم، تلك هي مسألة الوصية بالنقد، فقد ذهب ابن القاسم في المجموعة إلى أنه لو أوصى شخص آخر بمائة دينار أو بمائة درهم لم يعط ذلك كله إليه، عندما يحمله ثلث التركة جميعها، إلا إذا كان فيما تركه الموصى من الأموال الحاضرة نقد يحمل ثلثه هذه الوصية، بأن يكون من الأموال الحاضرة ما لا يقل عن ثلثمائة دينار أو ثلثمائة درهم «عينا»، فإن لم يكن فيها من النقد ما يفي ثلثه بهذه الوصية خير الورثة بين أمرين، إما إجازة الوصية وتسليم الموصى له ما أوصى به إليه من نقد، وإما إعطاء الموصى له ثلث جميع التركة حاضرها وغائبها فيصبح شريكا

لهم في ثلثها كلها وإن زادت قيمة ذلك الثلث عن قيمة النقود الموصى بها، لا فرق في ذلك بين أن تخرج النقود الموصى بها من ثلث الأموال الحاضرة أو لا تخرج، ذلك لأن للنقد مزية، إذ يصل به المنتفع إلى كل ما يريد من ساعته لأنه وضع للثمنية، بخلاف غيره من العروض فإن لها منفعتها الخاصة بها، وإذا أريد غيرها لم يتيسر ذلك إلا عن طريق المبادلة، لهذا جعل النقد في حكم التركة المفردة فروعي ثلثه وحده، وذهب أشهب إلى عدم التفرقة بين الوصية بالنقد والوصية بغيره، فليس النقد عنده في حكم التركة المفردة، ولا مزية له على غيره من العروض.

وإذا لم يخرج الموصى به من ثلث الأموال الحاضرة كان لهم في ذلك رأيان: أحدهما تخيير الورثة بين الإجازة وبين النزول للموصى له عن ثلث كل التركة حاضرها وغائبها، لأن الموصى له حين أراد اختصاص الموصى له بما أعطاه تجاوز حقه فيما ينفذ على الورثة، فإما أن يجيزوا وإما أن ينزلوا عما كان للموصى من حق في التركة يعطيه إذا شاء جبرا عن الورثة وهو ثلث الجميع فيعطى للموصى له.

وثانيهما إعطاء الموصى له من الموصى به قيمة ثلث ما حضر من أعيان التركة فيكون شريكا للورثة فيه بذلك القدر، ثم بعد ذلك يخير الورثة بين إجازة الوصية في بقيتها وبين إعطاء الموصى له ثلث المال الغائب فيكون شريكا لهم فيه بقدر الثلث[1].

وقال في المنتقى نقلا عن المجموعة لأشهب: إذا أوصى بهذه البقرة بعينها لزيد وبهذا الفرس بعينه لعمرو وهما حاضران «يخرجان من ثلث التركة جميعها أو لا يخرجان»، فإن خرجا كذلك من ثلث ما حضر من أموال التركة مضى ذلك ونفذ وسلم كل منهما وصيته، وإن لم يخرجا من ثلث الحاضر نفذ منهما بقدر ما يخرج من ثلث الحاضر، فإن كانت قيمة جميع الحاضر ثلثمائة ومنه البقرة مائة والفرس مائة أعطى كل واحد منهما نصف ما أوصى له به ليكون النافذ ثلث قيمة الحاضر، ومقدار ذلك مائة بين البقرة والفرس مناصفة، ثم خير الورثة بين أن يعطوهما النصف الباقي

(١) راجع منح الجليل والحطاب والمنتقى، والذي أستنبطه من هذه الآراء أن المالكية لا يثبتون للموصى له ملكا فيما لا يخرج من ثلث المال الحاضر، إذ لو كان ما يزيد عن ثلث المال الحاضر من الموصى له مملوكا للموصى له ما كان هناك محل لتخيير الورثة هذا التخيير كما هو ظاهر.

في البقرة والفرس «وذلك بإجازتهم الوصية» أو يعطوهما ثلث المال الغائب وهذا قول أشهب، وقال ابن المواز: قد قيل هذا، ونحن نستحسن إن لم يجز الورثة الوصية أن يعطى الموصى لهما فيما حضر من التركة وغاب منها الثلث، وعلى هذا فلا يكون لهما في البقرة والفرس إلا الثلث لا النصف، وبناء على ذلك يرى أن أشهب لا ينقل الوصية من الموصى به إلى ثلث جميع التركة إلا إذا زادت قيمتها عن الثلث، أما إذا احتملها الثلث فلا ينقلها إلى ثلث التركة وإن منعت غيبة بعض المال خروج الموصى به من ثلث المال الحاضر، ويرى ابن المواز أن كل ما يمنع استيعاب الوصية في العين الموصى بها ينقل الوصية إلى ثلث جميع المال، سواء كان ذلك لأن الموصى به يزيد عن ثلث التركة أو لأنه لا يخرج من ثلث المال الحاضر أ هـ بتصرف وإيضاح.

وقال ابن رشد في بدايته إذا أوصى شخص بثلث ماله لرجل، وعين ما أوصى له به في ماله على أنه الثلث، فقال الورثة ذلك الذي عينه الموصى أكثر من ثلث ما ترك، قال مالك في ذلك: الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك المال الذي عينه الموصى في وصيته وبين أن يعطوه الثلث من جميع مال الميت. وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو ثور وداود الظاهري، وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصي وقبوله إياها باتفاق، فكيف ينقل عن ملكه الذي وجب له إلى غيره بغير طيب نفس منه؟ أليس في ذلك تغيير الوصية وتبديل لها وهو منهي عنه؟

وعمدة مالك - رحمه الله - في قوله إمكان صدق الورثة فيما ادعوه. وما أحسن ما رآه أبو عمر بن عبد البر في ذلك إذ قال: إذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا، وإقامة الحجة عليه، فإن أثبتوا أعطى الموصى له من وصيته بقدر الثلث من مال الموصى، وكانت العين المعينة شركة بينه وبين الورثة، وإلا أجبروا على إخراجها وتسليمها إلى الموصى له.

وإذا لم يختلفوا في أن ذلك الشيء الموصى به هو فوق الثلث «بل اتفقوا على ذلك» فرأى مالك أن الورثة يخيرون بين أن يدفعوا إلى الموصى له ما أوصى له به أو أن يعطوه جميع ثلث مال الميت، إما في ذلك المال المعين، وإما في جميع التركة على اختلاف

الرواية عنه في ذلك. وقال أبو حنيفة والشافعي له في ذلك المال المعين بقدر ثلث ما حصر من أموال التركة، ثم يكون شريكا للورثة فيما غاب منها بقدر ما يبقى له من وصيته بعد احتساب ما أخذه من المال المعين، وكلما حضر شيء منها أعطى بقدر ثلثه فيما أوصى له به حتى يستوفى حقه كما تقدم، وسبب هذا الخلاف أن الميت لما تعدى فجعل وصيته بشيء بعينه يزيد عن ثلث التركة اختلفوا في الحكم أيكون الأعدل في حق الورثة أن يخيروا بين إمضاء الوصية أو يخرجوا له من تركة الميت إلى غاية ما يجوز له أن يوصي به من تركته وهو ثلثها، أو الأعدل أن يبطل ذلك التعدي؟ وبطلان التعدي هو الأولى لأن تكليف الورثة بأن يمضوا أو بأن يتخلوا عن جميع الثلث حمل عليهم أ هـ بتصرف وإيضاح.

ومن هذا يتبين ما في المسألة من خلاف واتفاق. فعدم إعطاء الموصى له جميع ما أوصى له به إذا كان لا يسعه ثلث المال الحاضر من التركة محل اتفاق بينهم عند عدم إجازة الورثة ذلك غاية الأمر أن الحنابلة يعتبرون في ذلك وقت الوفاة. وأما إعطاؤه منه بقدر ما يسعه هذا الثلث على أن ينتظر بما يبقى له من وصيته ما يحضر بعد ذلك من أموال التركة -فكلما حضر شيء منها استوفى من بقية وصيته بقدر ثلثه- فهو برأي الحنفية والشافعية والحنابلة كما بيّنا، وأما المالكية فيخالفونهم في ذلك، إذا يخيرون الورثة بين أن يجيزوا الوصية كما هي وبين أن يعطوا الموصى له جميع ثلث التركة حاضرها وغائبها بدلا عما أوصى له به - وإن زاد عنه - «كما في الجواهر» على رواية، أو أن يعطوه في العين الموصى بها بقدر ما يحمله ثلث الحاضر من أموال التركة ثم يعطوه بعد ذلك ثلث جميع المال الغائب بدلا عما بقى له من وصيته - وإن زاد قيمة عنه - على رواية أخرى[1].

---

(١) وقد علمت أن أساس ذلك كله في رأينا أنهم جميعا يرون أن الموصى له لا يتملك فعلا إلا ما يسعه ثلث ما يحضر من أموال التركة، وما عداه موقوف أمره فلا يدري الملك فيه أللموصى له أو للورثة؟ وإنما يتقرر حاله بتصفية التركة وحضور الموجود منها وظهور هلاك الهالك فإذا حضر شيء ظهر أن للموصى له ملكا في بقية الموصى به بقدر ثلثه وهكذا وإلا لم يظهر له ملك فيه.



حق جهات البر وتعلقه بالتركة عند الإيصاء لها:

ج - وعلى أساس ما بيَّنا نستطيع أن نفصل القول فيما يثبت للموصى له من حق في التركة فنقول:

إن هذا الحق يختلف باختلاف حال الموصى له وحال الموصى به، فإن كان الموصى له ممن لا يتأتى منه قبول الوصية إما لكونه غير محصور كما في الوصية للفقراء وطلبة العلم وما إلى ذلك، وإما لأنه ليس أهلا لأن يقبل ويتملك كما في الوصية للمساجد وبنائها أو للمستشفيات والمدارس وعمارتها ونحو ذلك - وقد تمت الوصية بموت الموصى مصرا عليها كما قدمنا - فلا يثبت له بهذه الوصية في التركة ملك عند الحنفية، وهذه نتيجة ضرورية لعدم صلاحيته للملك إن كان غير أهل لأن يملك، أو لجهالته إن كان غير محصور، لأن المجهول لا يُملك، وهذا القدر متفق عليه بين الحنفية فيما نعلم، ولكنهم يرتبون على تمامها بهذه الحال مع ذلك أثرا في التركة، ولهم في ذلك الأثر رأيان استنبطتهما من المسائل والفروع المنقولة عنهم:

الرأي الأول:

أنه لا يترتب على تمام هذا النوع من الوصية إلا حق لله تعالى. وهذا الحق يتعلق بثلث التركة شائعًا، وتعلقه بالثلث يشبه تعلق الدين غير المستغرق بالتركة، ولذا يجب إخراج هذا الحق منها في سبيله المعين، ويقوم القضاء على تنفيذه جبرا عند الامتناع عنه، لا فرق في ذلك بين أن تكون الوصية بعين معينة، أو بعين غير معينة، أو بجزء شائع - في التركة أو في عين منها - أو بمبلغ من النقود أو بغير ذلك، وتعلق هذا الحق بالتركة على الوجه المبين لا يمنع الورثة من أن يتملكوها بالموت كما سيتضح لنا من الفروع الآتية. غير أنه يجب أن يلاحظ في ذلك أمران:

أحدهما أن الوصية في هذه الحال إذا كانت بمعين، أو بجزء شائع منه، أو بعين غير معينة وهي من القيميات كالشاة فإن التعيين فيها ينصرف إلى بيان قدر الموصى به وقيمته المالية، ولا يكون الغرض من ذكره إلا هذا، فتعتبر الوصية إذن وصية بقيمته

لا بعينه، فإذا أوصى شخص بأن يتصدق بهذه الدار على الفقراء كان كأنه أوصى بأن يتصدق بقيمتها عليهم وهكذا كما سيتضح لنا من الفروع الآتية، ومن ذلك يتبين لك كيف يترتب على هذا النوع من الوصايا حق يتعلق بثلث التركة شائعًا ولا يترتب عليه امتلاك لأحد فيها.

الأمر الثاني أن الوصية في هذه الحال إذا كانت بعين معينة أو بجزء شائع منها تعلقت الوصية بها وتقيدت فلا تتجاوزها إلى غيرها من أعيان التركة، ولذا تبطل الوصية بفواتها قبل موت الموصى أو بهلاكها بعده قبل القبول من غير تعد.

ومن أصحاب هذا الرأي من ذهب إلى أن الموصى به المعين إذا كان نقدا لم تتعلق بعينه الوصية ولم تتقيد به، بل تتعلق بثلث التركة شائعًا وكأن الموصى لم يعين عينًا، وذلك - فيما يظهر لي - مبني على أن تعيين النقود لا يتعلق به غرض، لأنها أثمان وضعت للتقدير، وليست إلا وسيلة للحصول على المطلوب، فلا يعدو تعيينها أن يكون تقديرًا للموصى به، ويتعين أن يكون ذلك هو الغرض من ذكرها فلا تبطل الوصية بهلاكها. وستعلم مما يأتي أن هذا هو المختار. وبناء على ما تقدم يتملك الورثة بمجرد الموت - مع وجود هذا النوع من الوصايا في التركة - جميع أعيانها محملة بحق لله تعالى على الوجه الذي شرحناه، فإن كان متعلقًا بثلثها كانت التركة محلا لسداده لوجود الشيوع، وإن كان متعلقًا بعين منها كانت هذه العين دون غيرها محلا لسداده.

وعلى ذلك كان تنفيذ الوصية في هذه الحال بطريقة من الطرق الثلاث الآتية جائزا:

الطريقة الأولى:

أن يدفع ما أوصى به نفسه في سبيل الوصية، مثال ذلك أن يوصى إنسان بهذا الآجر لبناء هذا المستشفى أو لعمارته فيبقى الآجر في التركة إلى وقت التنفيذ، فإذا أدخل هذا الآجر نفسه في بناء المستشفى أو في عمارته فقد نفذت الوصية. وكذلك أن

يوصي إنسان بأن يتصدق بهذه الشاة على الفقراء، فتبقى هذه الشاة إلى وقت التنفيذ، فإذا ذبحت ووزعت على الفقراء فقد نفذت الوصية.

الطريقة الثانية:

أن تنفذ الوصية من جنس ما أوصى به، مثال ذلك أن يوصي إنسان بهذا القمح ليوزع على الفقراء فيبقى إلى وقت التنفيذ، فإذا ما استبقى ووزع مثله من القمح كيلا فقد نفذت الوصية، وكذلك إذا أوصى بأن يتصدق بمائة أردب من الأرز على طلبة العلم، فإذا وجد عند التنفيذ أرز في التركة فأخذ منه مائة أردب فوزعت على طلبة العلم الفقراء، أو لم يؤخذ منه ولكن اشترى بمال من التركة هذا القدر من الأرز فوزع على الفقراء منهم، أو لم يوجد أرز في التركة فاشترى كذلك هذا القدر من أموال التركة ووزع عليهم، فقد نفذت الوصية.

الطريقة الثالثة:

أن تنفذ الوصية بدفع قيمة ما أوصى به في سبيلها الذي عينه الموصى، وتستبقي عين ما أوصى به للورثة، ففي الأمثلة السابقة إذا دفعت قيمة الآجر فصرفت في بناء المستشفى أو عمارته، أو تصدق بقيمة الشاة على الفقراء، فإن ذلك يعد تنفيذًا للوصية، وتبقى العين الموصى بها ملكا خالصًا للورثة، وكذلك الحكم إذا ما وزعت قيمة القمح على الفقراء أو قيمة الأرز على طلبة العلم الفقراء، فبذلك كله يتم تنفيذ الوصية، وتخلص أعيان التركة للورثة، لا فرق في ذلك بين أن تكون القيمة المعطاة من أموال التركة، أو من أموال الورثة الخاصة، لأن لهم أن يقوموا بالتنفيذ من أموالهم لتخلص لهم التركة، كما كان لهم أن يسددوا ديونها كذلك من أموالهم كما قدمنا.

وقد استندت في بيان هذه الأحكام إلى الفروع الآتية:

١- إذا أوصى شخص بهذه البقرة للمساكين جاز للورثة أن يتصدقوا عليهم بقيمتها ويستبقوها لأنفسهم، وبهذا أخذ الفقيه أبو الليث، بخلاف ما إذا أوصى بها لشخص معين فقبل الوصية فليس للورثة أن يعطوه قيمتها ليستبقوها لأنفسهم،

بل يجب عليهم أن يسلموها إليه. ذلك لأن الموصى له إذا كان معلومًا أو أهلا لأن يملك فقبل الوصية تملك ما أوصى له به، فلا يجوز أن يمنع عنه ملكه. أما إذا كانت للفقراء أو المساكين فإنها تكون صدقة والقصد منها التقرب إلى الله تعالى وذلك يتحقق بدفع القيمة(١).

أقول وإذا كانت للفقراء صدقة فلا يتملكها المتصدق عليه منهم إلا بقبضها، ولذا لو صولح بعضهم على أقل من قيمتها لم يجز هذا الصلح(٢). وهذا دليل على أن الموصى له إذا كان غير محصور كالفقراء لم يتملك شيئًا بالوصية، وأن الورثة قد تملكوا الموصى به مع تعيينه إذ كان لهم حق استبقائه ودفع قيمته من أموالهم، وإذا تملكوه مع الإيصاء به تملكوا غيره من أعيان التركة بطريق أولى.

٢- قال ابن البزاز في البزازية: إذا قال الموصى تصدقوا بهذا الثوب بعد موتي فالخيار للورثة، إن شاءوا تصدقوا بنفس الثوب فأعطوه لمسكين، وإن شاءوا باعوه وتصدقوا بثمنه، وإن شاءوا أمسكوه لأنفسهم وتصدقوا بقيمته وبه نأخذ أهـ فإعطاء هذا الخيار للورثة ونفاذ تصرفهم في الثوب ببيعه دليل تملكهم له مع سبق الإيصاء به.

٣- إذا أوصى شخص بأن يتصدق بثلث ماله على فقراء القاهرة أو على فقراء مكة جاز أن يعطي غيرهم هذا الثلث لأنهم مجهولون فلا يمكن إثبات حق لهم(٣). وكذلك يجوز أن يُعطاه مسكين واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافًا لمحمد لتحقق غرض الموصى بذلك عندهما، وهو إخراج الثلث إلى الله تعالى، لأنه يتحقق بإعطائه أي فقير في أي مكان(٤). ويرى محمد أن يعطى لمسكينين على الأقل تنفيذًا لغرض الموصى إذ أوصى به لجمع لا لشخص واحد. وقال زفر يجب أن يكون الإعطاء لفقراء المكان الذي عينه الموصى إذ قد يكون له غرض صحيح في ذلك فلا ينبغي أن يهمل غرضه(٥).

---

(١) راجع الخانية والأنقروية.
(٢) راجع الخانية والبزازية.
(٣) راجع الأنقروية.
(٤) راجع أدب الأوصياء.
(٥) راجع الأنقروية والخانية والبدائع.

وهذا الفرع كما ترى جاء في الوصية بجزء شائع من التركة وما قبله في الوصية بمعين، وقد تبين لك من الجميع ألا فرق بين الأمرين وإن في هذا الفرع الدليل الواضح على عدم تملك الفقراء لما أوصى لهم به، بل وعلى أن الحق المترتب على الوصية لم يثبت لأحد منهم على التعيين، بدليل ما جاء فيه من قولهم: لأنهم مجهولون فلا يمكن إثبات حق لهم، وعلى أنه إنما ثبت لله تعالى، ألا تنظر إلى قولهم: لأن الغرض إخراجه إلى الله تعالى؟ ومن هذا ترى أنه لا فرق بين أن يكون الموصى به معينًا أو شائعًا.

٤- إذا أوصى بأن يعطى الفقراء ألف درهم بعينها بأن أشار إليها جاز أن يتصدق عليهم بألف درهم أخرى مكانها وتبقى المعينة للورثة[1]، وهذا يدل على أنهم لم يتملكوها، وإلا ما جاز استبدالها، لأنها لو ملكت لكانت أمانة، والنقود في الأمانات تتعين إذا عينت. وهذا لا ينافي أن الوصية في هذه الحال تتعلق بنفس الدراهم المعينة، حتى لو هلكت قبل الإعطاء بطلت، ولذا جاء في الأنقروية والخانية: لو أوصى شخص بألف درهم بعينها ليتصدق بها عنه فهلكت هذه الألف بطلت الوصية.

هذا ومن العلماء من يرى أن الوصية في مثل هذه الحال لا تتقيد بالدراهم المعينة كما أشرنا إلى ذلك، وإنما تتعلق بالتركة، ويدل على هذا ما في أدب الأوصياء: قال في المنتقى إذا هلكت ألف الدراهم المعينة للوصة بطلت، وقيل يضمن الورثة مثلها إن كان في الثلث وفاء، قال في الظهيرية هما روايتان، وكل منهما رواية عن محمد. قال في الخانية والمختار القول بضمان الورثة أ هـ.

من هذا نرى أن في هذه المسألة روايتين، رواية تقضي ببطلان الوصية عند هلاك النقود المعينة للوصية قبل التنفيذ، وهي متفقة مع القاعدة العامة للوصية، وهي أن الوصية بمعين تتعلق به وتتقيد فتبطل بهلاكه كما قدمنا. ورواية تقضي بتضمين الورثة غيرها بشرط أن يكون في الثلث وفاء. والظاهر أن المراد بالثلث هو ثلث الباقي لما قدمنا من أن الهلاك قبل القسمة يجعل على حكم ملك الميت،

(١) راجع الأنقروية والخانية وأدب الأوصياء.

وأن الوصية في مثل هذه الحال يجب ألا تتجاوز ثلث الباقي. وبناء على ذلك إذا لم يكن في الثلث وفاء فإن الورثة يضمنون مقدار ما يخرج من ثلث الباقي بعد الهلاك وعجيب أن يكون هذا هو المختار مع مخالفته للقاعدة العامة، ولعل مرجعه إلى أن الوصية بنقود معينة هي في المعنى في حكم الوصية بنقود مرسلة، إذ لا يتعلق الغرض بنقود دون أخرى، وبناء على هذا التعليل يكون هذا الرأي خاصًا بمسألة النقود فقط وما هو في حكمها كالمكيل والموزون من المثليات لا في القيميات، بل قد يتجه الرأي إلى أنه خاص بالنقود فقط لأنها أثمان وذكرها إنما يكون للتقدير، بخلاف غيرها فإن الغرض يتعلق بها نفسها، وعلى ذلك يكون مرجع الخلاف في هذا إلى اختلاف النظر في الوصية بالنقود المعينة وإن ذكرها وتعيينها لا يقصد منه إلا مجرد التقدير فلا يكون خلاف في أصل المسألة وهو أن الوصية بمعين تتقيد به مطلقًا.

٥- رجل أوصى بثلث ماله. هل يملك الوارث بيع شيء من التركة؟ قال إن أوصى بالثلث لشخص معين لم يملك الوارث إلا التصرف في الثلثين، لأن الموصى له بقبوله الوصية تملك ثلث المال، فلا يملك الوارث التصرف في ملك غيره، وإن أوصى بالثلث للفقراء ملك الوارث التصرف في التركة جميعها، فله أن يستبقيها كلها ويدفع القيمة من ماله، لأن الغرض هو القربة، وهي تتحقق بدفع قيمة الثلث، بخلاف الوصية للرجل المعين أ هـ جواهر الفتاوى[1] .

وهذا صريح فيما ذهبنا إليه في بيان ما يترتب على الوصية من حق في التركة إذا كانت لمن لا يُملَّك، وأن هذا الحق ليس ملكا للموصى له.

٦- إذا أوصى شخص بأن يكفن من ثمن هذه العين كان للموصى على التركة أن يكفنه من عين أخرى ولا يبيع تلك العين، بل تكون للورثة، ويجوز ذلك وإن وجد لها مشتريا أ هـ ظهيرية وخلاصة[2] .

وفي هذا دليل على أن المترتب على الوصية مجرد حق لله فقط.

---

(١) راجع الأنقروية.

(٢) راجع أدب الأوصياء.

٧- إذا أوصى شخص بكفارة صيامه وأن تعطى لشخص معين، أو أوصى بالحج عنه وبأن يحج عنه فلان، جاز أن يعطى ما جعل للكفارة من مال إلى شخص آخر غير الذي عينه الموصى في وصيته. وأن يحج عنه فلان آخر فيعطى ما عينه الموصى للحج من مال[1].

وفي هذا دليل على أن الوصية في وجوه البر لا تفيد تمليكا وإن كانت لمعين، لأن الغرض منها هو القربة، وإلا ما جاز أن يعطى هنا غير من عينه الموصى.

وقال الصدر الشهيد ليس للوصي أن يصرف إلى غير من عينه الموصى، وصحح هذا القول الزاهدي لفساد الزمان وطمع الناس، ومبنى هذا وجوب تنفيذ وصية الموصى على وجهها ما دامت لا تخالف شرعا، وليس ببعيد أن يثبت لمن عينه في وصيته حق في هذا المال بمقتضى الوصية عند قائل هذا القول وعندئذ لا يجوز إهمال هذا الحق.

٨- إذا قال شخص تصدقوا بعد موتى بهذا الألف من الدراهم كان للوصي أن يتصدق بألف أخرى من مال الميت وتبقى المعينة للورثة[2] وهذا صريح في أنه لا يترتب على مثل هذه الوصية حق يتعلق بعين النقد.

٩- أوصى رجل بأن يتصدق عنه بألأف درهم فتصدق عنه الوصي أو الورثة بحنطة قيمتها ألف درهم، أو كان الأمر على العكس، قال ابن مقاتل يجوز ذلك، وقال الفقيه أبو الليث كان وضع السؤال «بألف درهم حنطة» فسقطت كلمة «حنطة» فقيل له فإن كانت الحنطة موجودة فأعطى قيمتها دراهم؟ قال أرجو أن يجوز ذلك، وإن أوصى بالدراهم فأعطى حنطة لم يجز، وقال الفقيه أبو الليث وقد قيل إنه يجوز، وبه نأخذ أ هـ من الهندية[3].

أقول. ومن هذا يظهر أن الفقيه أبا الليث - رحمه الله - من أصحاب هذا الرأي إذ أجاز أن تنفذ وصية الدراهم بحنطة قيمتها قيمة الدراهم، لعدم وجود ملك في التركة بمقتضى هذه الوصية، ولكون الحق المتعلق بها كما يؤدى بالدراهم يؤدى

(١) راجع أدب الأوصياء في باب تنفيذ الوصية.
(٢) راجع أدب الأوصياء في نفس الباب والفتاوى الهندية في شتى المسائل.
(٣) جـ٦ ص ١٣٤ من شتى المسائل.

بما هو قيمتها من الحنطة، والقائل بعدم الجواز يرى أن في تعيين الدراهم رغبة أو غرضًا صحيحًا للموصى فيجب المحافظة على تحقيق رغبته وغرضه، فلا تجزئ الحنطة عن الدراهم. وادعاء الفقيه أبي الليث وجود نقص في السؤال على الوضع الذي ذكرناه بعيد إذ بقية السؤال تدل على عدم صحته فإن كلمة «حنطة» لو كانت موجودة في السؤال لم يكن الموضع محل خفاء حتى يسأل عنه ولم يكن له حالة عكسية يسأل عنها، لأن الموصى أوصى بحنطة ونفذت وصيته بالحنطة ولا عكس لهذا بخلاف ما إذا أوصى بدراهم ونفذت وصيته بحنطة فإن عكسها أن يوصى بحنطة وتنفذ وصيته بدراهم وكلا الأمرين محل خفاء فيصح أن يسأل عنه.

وفي هذا القدر من الفروع الكفاية لتأييد ما ذهبت إليه في بيان ما يترتب على هذا النوع من الوصايا من حق في التركة على الرأي الذي بينته.

الرأي الثاني:

إنه إذا تمت الوصية من هذا النوع من الوصايا بموت الموصى اعتبر الموصى به على حكم ملك الموصى، ذلك لأنه ليس من الجائز أن يتملكه الورثة بالموت، لقوله تعالى بعد بيان سهامهم: ﴿ ...مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾ ﴾ [النساء] فإن هذه الآية تفيد أن استحقاق الورثة لما فرض لهم من سهام في التركة وتملكهم إياها لا يكون إلا بعد الوصية والدين، فلا يتملكون ما أوصى به بمقتضى هذه الآية. وكذلك ليس من الجائز أن يتملكه الموصى له، لأن الموصى له في هذا النوع من الوصايا ليس أهلا لأن يتملك، ولا من الجائز ألا يكون فيه ملك لأحد إذ لا عهد لنا بمثل ذلك في التشريع الإسلامي، فلم يبق إلا أن يعتبر على حكم ملك الموصى أو ملكا لله تعالى، لأن الوصية في سبيله ولأجل التقرب إليه فهو يشبه في ذلك ريع الأعيان الموقوفة على سبيل الخير، وليس بين الاعتبارين تعارض، فإن اعتباره على حكم ملك المتوفى لا ينافي أنه ملك لله تعالى لأنه مالك لكل شيء، وليس الغرض من ذلك إلا تعليل الأحكام القائمة تعليلا تتطرد به القواعد الفقهية، وكلا الغرضين يؤدي إلى ذلك دون

وجود تعارض في الآثار، غير أن الافتراض الأول هو ما جاء في كثير من كتب الفقه والأصول التي للحنفية فلذلك اخترته.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون الموصى به معينًا أو غير معين، شائعًا أو غير شائع، غير أن هذا الملك إنما يظهر إذا كانت الوصية بمعين، أو بجزء شائع في المال، إذ يمكن أن يقال إن ذلك المال على حكم ملك المتوفى، أما إذا كانت بمبلغ من المال كألف جنيه مثلا ونحو ذلك فلا يظهر هذا في أية عين من أعيان التركة بعد الوفاة، وإنما يتعلق ما أوصى به بثلث التركة، أو بعين منها إن قيدت الوصية بهذه العين، وفي هذه الحال لا تكاد تجد بين الرأيين فرقًا، وعلى ذلك يرى أن الفرق بينهما منحصر فيما إذا كان الموصى به عينًا معينة أو جزءًا شائعًا من المال، فيتملكه الورثة على الرأي الأول ولا يتملكونه على الرأي الثاني وإنما يعتبر على حكم ملك المتوفى لتنفذ منه الوصية، وإذن يكون حق المتوفى قد تعلق به تعلقًا يمنع الورثة من أن يستبقوه لأنفسهم بأداء قيمته وإخراجها في سبيل الوصية، بل يجب إخراجه عينًا في تنفيذ الوصية. أما فيما عدا ذلك فلا فرق بين الرأيين فيما يترتب على الوصية من حق أو في طريقة تنفيذها.

وقد استندت في استنباط ذلك بعد الرجوع إلى ما جاء في كتب أصول فقه الحنفية إلى الفروع الآتية:

١- إذا أوصى شخص بأن يتصدق عنه بمال معين فتصدق الوصي بمثله أو قيمته ففي ذلك روايتان. أ هـ من الأنقروية. ومعنى ذلك أن هناك رواية تقضي بجواز ذلك وأن الوصية يتم تنفيذها بذلك التصدق، وهذه مبنية على الرأي الأول، ورواية ثانية تقضي بأن ذلك لا يتم به تنفيذ الوصية، ويجب مع هذا لتنفيذها دفع المال الموصى به نفسه في سبيل الوصية، ومبناها - فيما يظهر لي - أن هذا المال المعين قد صار بالوفاة على حكم ملك المتوفى حتى تنفذ وصيته به لأنها قد تعلقت به، وإن شئت قلت تعلق حق المتوفى به واختص به اختصاصًا يمنع غيره من الورثة أو الوصي على التركة أن يمنعوه عن السبيل التي عينها الموصي، فلا يكون لهم أن يستبدلوا به مالا آخر، لأن ذلك يعتبر تعديًا على حقوق غيرهم. فوجب لذلك أن يتصدق به نفسه.

٢- إذا أوصى شخص بأن يتصدق بألف درهم بعينها فليس للوصي أن يتصدق بدنانير تساويها قيمة، بخلاف ما إذا نذر أن يتصدق بهذه الدراهم لله تعالى فإن له أن يتصدق حينئذ بدنانير تساويها في القيمة. ذكره صاحب أدب الأوصياء في باب تنفيذ الوصية نقلا عن المنتقى.

أقول مبنى ذلك أن الدراهم المعينة تصير بعد الموت بالوصية مخصصة بالصدقة لتعلق حق المتوفى في تنفيذ وصيته بها، فلا يجوز أن تستبدل بها غيرها مراعاة لهذا الحق، وفي حال النذر لم يتعلق بها نفسها حق، بل تعلق الحق بذمة الناذر فشغلها لأن الحنفية لا يرون أن المال المنذور يخرج بالنذر عن ملك الناذر، بل يظل على ملكه وتشغل ذمته بالنذر، وإذن يكون له أن يوفي ما شغلت به ذمته بأي مال في قيمته يتصدق به، لأن الغرض نفع الفقير، والنفع يتحقق بذلك.

٣- إذا أوصى بأن يتصدق بهذه الدار أو بثلثها لم يكن للوصي أن يستبقيها للورثة ويتصدق بقيمتها، وله أن يبيعها كلها ويتصدق بالثمن أو بثلثه على حسب ما أوصى. ذكره ابن قاضي سماوة في جامع الفصولين. أقول إنما لم يجز للوصي استبقاء الدار لما بيّنا من تعلق حق المتوفى بها، وأذن له أن يعطيها عينًا للفقراء وله أن يبيعها بحكم خلافته عن الموصى ويتصدق بثمنها أو بثلث ثمنها عليهم، لأنها كما قدمنا معتبرة على حكم ملكه، فكان له البيع، لأنه سبيل إلى تحصيل أكبر منفعة لهم، لأن ثمنها أنفع لهم من عينها، وليس عليه حرج إذا ما باعها حينئذ للورثة، وإذن فكل ما في الأمر أن ليس للورثة إجبار الوصي على استبقائها لهم والتصدق بقيمتها.

٤- في المحيط إذا أوصى إنسان بأن يتصدق عنه بألف درهم من ماله لم يجز للوصي أن يتصدق بألف درهم من مال نفسه[1]. ويظهر لي أن المراد بذلك أن يتصدق الوصي بالألف من مال نفسه متبرعا بها عن الوصي دون أن يرجع على التركة، إذ يمكن أن يقال حينئذ إن الوصية لم تنفذ وإنما تصدق الوصي، وله صدقته. ولكن إذا تصدق على أن يرجع في التركة فإن الوصية تعتبر منفذة، لأن الموصي لم

---

(١) راجع أدب الأوصياء.

يعين الألف، وإنما أوصى بأن يدفع إلى الفقراء من ماله أي ألف. فإذا قام الوصي فأداها من ماله ثم أخذها من التركة فقد نفذت الوصية، إذ لا غرض له إلا أن ينفع الفقراء بماله. وقيام الوصي بذلك جائز على الرأيين إذا لم يعين الموصي مالا، أما إذا عين مالاً فإنه لا يجوز على الرأي الثاني فيما يظهر لتعلق حق الموصي به كما قدمنا[1].

٥- إذا أوصى إنسان بأن يتصدق بشيء معين فليس للوصي أن يمسكه للورثة ويتصدق بقيمته. وله أن يبيعه ويتصدق بثمنه استحسانًا، وقال محمد بن سلمة ليس له إلا أن يتصدق بعينه أ هـ[2].

وهذا الفرع يدل على أن محمد بن سلمة من أصحاب الرأي الثاني. والقول بعدم جواز استبقاء هذا المال للورثة على أن يتصدق بقيمته بدلا عنه يرجع إلى الرأي الثاني الذي نحن بصدد بيانه. أما جواز بيعه بمباشرة الوصي ثم التصدق بالثمن فهو استحسان كما قال صاحب أدب الأوصياء. ومبنى ذلك الاستحسان أن بيعه والتصدق بثمنه أنفع للفقراء، فجاز للوصي أن يباشر ذلك لقيامه مقام الموصي، لأنه خليفة عنه تحقيقًا لتلك المصلحة، وهذا أثر من آثار اعتبار الموصي به على حكم ملك الموصى حتى تنفذ فيه الوصية. وقد أشرنا إلى أن هذا الاعتبار أمر ضروري اقتضاه ما ذهب إليه الفقهاء من أحكام دعت إليها المصلحة والاستحسان أو قامت عليها الأدلة الشرعية على وجه الإجمال وإذن فهو اعتبار ضروري، والضرورة تقدر بقدرها. وبهذا يمكنك أن تمنع ما قد يبدو من التعارض في أقوال بعض الفقهاء، فإذا رأيتهم يقولون إن الموصى به يخرج بالموت من ملك الموصي فمعنى ذلك أنه بالموت لا يبقى مملوكا له ذلك الملك الحقيقي الذي تعرف آثاره، لأن ذلك من خصائص الحي، وإذا رأيتهم يقولون إن الموصى به بالوفاة يبقى على حكم المتوفى إلى أن تنفذ فيه وصيته، فمعنى ذلك أنها ملكية اعتبارية أساسها ما بيّناه لك ولا تنافي بين النوعين.

---

(١) نقلا عن أدب الأوصياء في الفرع الثاني.

(٢) من أدب الأوصياء.

٦- لو أوصى بصدقة ألف درهم بعينها فتصدق الوصي مكانها من مال الميت جاز، وإن هلكت الأولى قبل أن يتصدق الوصي بمثلها ضمن للورثة ذلك[1]. أقول إنما ضمن للورثة مثل ما تصدق به لبطلان الوصية بهلاك الألف المعينة قبل التنفيذ، وإنما بطلت لهلاك محلها، فقد تعلقت الوصية بهذه الألف وبقيت على حكم ملك الموصي إلى أن تدفع إلى الفقراء. وإذا كان الأمر كذلك فلم جاز أن يتصدق بمثلها؟ أقول لعل سبب ذلك أن الوصي حين أدى مثلها إلى الفقراء قد أوفاهم حقهم أو مثل حقهم لعدم التفاوت بين ألف درهم وأخرى فيتم بذلك تنفيذ الوصية.

رأي غير الحنفية:

هذا ما يراه الحنفية في حق الموصى له في هذا النوع من الوصايا، ورأي الحنابلة إليه قريب، ذلك أنهم يرون أن الموصى له لا يتملك الموصى به إلا إذا كان معينًا وأهلا لأن يملك كما في الوصية لمحمد أو لأولاده، أما إذا كان مجهولا لعدم حصره كما في الوصية للعلماء والفقراء وبني تميم، أو غير أهل للملك كما في الوصية للمسجد أو لقربه من القرب العامة كالغزو فلا يترتب على الوصية له ملك وإنما يترتب عليها حق متعلق بثلث التركة، حتى إذا نفذت فأعطى بعض العلماء أو الفقراء أو الغزاة ما أوصى لهم به، أو اشترى للمسجد حاجته من حصير وقنديل أو أقيمت عمارته فإن ما أنفق في ذلك من المال الموصى به يتملكه بقبضه من أعطيه، عالمًا أو فقيرًا أو غازيًا أو عاملا في عمارة المسجد، أو يصير ما استبدل به من حصير أو قنديل أو نحو ذلك وقفًا تبعًا للمسجد كما يرى الحنفية، وقد اختلف الحنابلة بعد ذلك، فذهب بعضهم إلى أن ثبوت هذا الحق في التركة كثبوت الدين فيها لا يمنع انتقالها بالموت إلى الورثة. ومن هؤلاء أبو الخطاب في انتصاره وأبو الحسين في فرعه، وذهب آخرون إلى أنه يمنع، وجزم به القاضي أبو يعلي مؤيدا رأيه بأن حق الموصى له في الوصية يتعلق بعين التركة. ولا يملك الورثة إبداله من أموالهم، فيمنعهم لذلك من أن يتملكوها، وليس كذلك الدين لأنه إنما يتعلق بماليتها وللورثة أن يوفوه من غيرها فلم يمنعهم لذلك أن يتملكوها[2].

---

(١) راجع الهندية في شتى المسائل.

(٢) راجع القواعد لابن رجب

وهذه التفرقة بين الحق في الوصية والحق في الدين إنما تتم - كما يظهر لي - إذا كان الموصى به عينًا معينة كهذه الشاة يوصى بأن يتصدق بها، وهو ما يدل عليه ما في كشاف القناع في آخر القسمة، إذ نص على أن الموصى به المعين إذا كان للفقراء أو المساجد لا ينتقل بالموت إلى الورثة، أما إذا كان الموصى به غير معين كأن يوصى بأن يتصدق بمائة جنيه فلا تتم هذه التفرقة، لأن الحق حينئذ لا يتعلق إلا بمالية التركة كالدين، ألا ترى أنه إذا لم توجد في التركة مائة جنيه بيع من أعيانها للحصول عليها.

وعلى أية حال فمن البين عندي أن هذا الخلاف ينبغي أن يكون محله الوصية بغير مال معين أما إذا كانت بمال معين فليست له بمحل، إذ لا يتأتى القول بأن الوصية بهذه العين المعينة من التركة تمنع انتقال بقية أعيان التركة إلى الورثة بالموت، كما هو مقتضى الرأي الثاني، في حين أن الوصية لم تتعلق بغيرها من أعيان التركة، كما لا يتأتى أن يقال بأنها تصير ملكا للورثة على الرغم من الإيصاء بها، كما هو مقتضى الرأي الأول، وذلك لتعلق الوصية بها وعدم قدرة الورثة على إبدالها، اللهم إلا إذا كان ذلك رأيهم قبل تمام الوصية بها فقط أما بعد تمامها فتخرج عن ملكهم.

وإذن فالموصى به عند الحنابلة في هذا النوع من الوصايا، بعد تمام الوصية وقبل قبضه إن كان معينًا لم يملكه كل من الورثة والموصى له كما ذكرنا وإنما يعتبر ملكا للمتوفى على قول لحاجته إليه أو ملكا لله تعالى على قول آخر بناء على أن الوصية به قربة لله تعالى وأن المتوفى ليس أهلا لأن يملك، وإن كان غير معين كانت الوصية به وصية بحق لله تعالى لأنها في سبيله[1].

وذهب المالكية والشافعية إلى ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة من أن الموصى له إذا كان غير معين لكونه غير محصور أو كان جهة عامة من جهات البر كالغزو لم يترتب على الوصية امتلاك إلا بالقبض لا فرق في ذلك بين أن يكون الموصى به معينًا كما في الوصية بأن يتصدق بهذه البقرة على الفقراء أو غير معين كما في الوصية

(١) راجع القواعد والمغني والشرح الكبير وكشاف القناع.

بأن ينفق في الغزو ألف جنيه، ولهذا لا يلزم أن يستوعب منفذها الفقراء بالإعطاء. ويجوز أن يفاضل بين من أعطى منهم[1] وعلى ذلك فالموصى به عند تعيينه يعتبر عندهم ملكا لله تعالى كما هو ظاهر عبارتهم، أما عند عدم التعيين فلا يكون إلا حق لله تعالى كما هو ظاهر عبارتهم، أما عند عدم التعيين فلا يكون إلا حق لله تعالى متعلق بثلث التركة كما تقدم، وتكون التركة بمجرد الموت ملكا للورثة[2] ويؤيد هذا ما جاء في النهاية للرملي: يجب على الوصي قبل أن يبيع عينًا من التركة لم يعينها الموصى لتنفيذ الوصية أن يستأذن الورثة في ذلك لأنها ملكهم فإن غابوا استأذن الحاكم أهـ وما جاء في الزرقاني: الوصي لا يبيع عينًا من التركة إلا بحضور الورثة الكبار إذا كان ذلك لتنفيذ الوصية لأنه لا يلي عليهم فلا يتصرف في أموالهم أهـ[3].

أما إذا كان الموصى له معينًا كالمسجد والقنطرة والرباط فإنه يتملك بالوصية له. قال ابن حجر في التحفة: وصحت الوصية للمسجد لأنه حر يملك، أي مُنَزَّل منزلته أهـ ومثله في نهاية المحتاج، وفيها أن الرباط والمدرسة كالمسجد، وقال في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير عند الكلام على صحة الوصية للمسجد: إنها صحيحة لصحة تملك المسجد للوصية بخلاف الحجر والحيوان، ويظهر لي أن مبنى ذلك تفسيرهم للملك بأنه مجرد اختصاص لأجل الانتفاع وبنوا على ذلك صحة

(١) راجع الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه.

(٢) راجع نهاية المحتاج والزرقاني.

(٣) ولكني رأيت في منح الجليل من كتاب الشفعة جـ٣ ص ٥٨٦ ما يدل على أن من المالكية من يرى أن الموصى له إذا كان غير معين يملك ما أوصى له به ففيه: إذا أوصى إنسان بثلث ماله للمساكين وفي ماله عقار فباع الوصي ثلث العقار ليفرق ثمنه على المساكين تنفيذا للوصية هل يكون لورثة الموصى الأخذ بالشفعة؟ قولان أصحهما ومختارهما أن لهم الأخذ بها وقال سحنون ليس لهم الأخذ بها لأن بيع الوصي كبيع الموصى وجه القول المختار أن البيع قد أخر إلى وقت ملك الورثة فيه ثلثي العقار فأصبحوا شركاء، وأن الموصى لهم وإن كانوا غير معينين شركاء بالثلث بالعون له مع ثبوت ملك الورثة أهـ بتصرف. فهذا دليل على أن للمالكية قولا بثبوت ملك الموصى له وإن كان غير معين فيما أوصى له به ومثل ذلك في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير جـ٣ ص ٤٧٦ ولهذا ثبت للورثة على هذا حق الأخذ بالشفعة لأنهم غير مالكين وبالشفعة يتملكون. وأما القول الآخر فالظاهر منه أنه يجعل الورثة مالكين في هذه الحال ولذا لم يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة لأنه بيع عليهم لتنفيذ الوصية.

الهبة للمسجد ونحوه، ولهذا اشترط الشافعية في تمام الوصية لهذه الجهات قبول الولي عليها كما تقدم(١).

وبناء على ذلك فالملك يثبت للجهة المعينة الموصى لها في الموصى به إذا كان معينًا ويثبت لها حق يتعلق بثلث التركة إذا كان غير معين ولا شك أن هذا - إلى حد كبير - قول بوجود الشخص المعنوي الذي يقول به علماء الفقه الوضعي.

حق الموصى له عندما يكون أهلا للملك وتعلقه بالتركة:

ط- وإذا كان الموصى له معينًا وأهلا لأن يملك فإن الحق الذي يترتب على الوصية يختلف باختلاف حال الموصى به.

الحق عند الوصية بعين معينة:

فإن كان الموصى به عينا معينة بأي نوع من أنواع التعيين كما سبق فإن الموصى له يتملك العين الموصى بها على الوجه الذي بيناه من قبل، فيكون حكم هذه العين حكم سائر الأعيان المملوكة بأي سبب من أسباب الملك، فيملك الموصى له التصرف فيها والانتفاع بها، فيملكها لغيره بطريق البيع أو الهبة أو الوصية ويقفها إذا أراد، ويستهلكها بالانتفاع بها إذا رغب وهكذا، لأن ملكه لها ملك مطلق فيظهر أثره من جواز الانتفاع والتصرف، سواء أكان ذلك التصرف قبل قبضها أم بعده(٢)، كما صرح بذلك علاء الدين الحصكفي الحنفي في الدر المختار ومنصور بن إدريس الحنبلي في كشاف القناع وابن رجب الحنبلي في قواعده، ولم نجد فيه خلافا للشافعية والمالكية(٣).

---

(١) راجع التحفة والنهاية.

(٢) غير أن الموصى له إذا تصرف في العين الموصى بها قبل قبضها فباعها لم يجبر الورثة على تسليمها للمشترى إلا إذا كانت تخرج من ثلث المال الحاضر من التركة كما بينا، فإذا كانت لا تخرج منه كان لهم أن يمتنعوا عن تسليمها - وإن خرجت من ثلث التركة - لجواز أن يهلك ما غاب من المال فيظهر أن الموصى له لم يكن يملكها كلها ويظهر أنه قد باع منها ما لا يملك، وقد سبق ما يوضح ذلك.

(٣) ذلك لأن النهي عن التصرف في العين المملوكة قبل أن تقبض إنما جاء به الحديث خاصا بالمبيع قبل أن يتسلمه مشتريه، وهو حكم جاء على خلاف القياس، وإن شئت قلت على خلاف مقتضى القواعد تجنبا للضرر الذي قد ينشأ من التصرف في المبيع قبل قبضه، فقد يهلك المبيع قبل أن يسلمه بائعه إلى المشتري ويترتب على ذلك انفساخ عقد البيع، فإذا ما حصل هذا بعد أن يكون المشتري قد باع المبيع=

وفي هذا النوع من الوصايا يتعلق حق الموصى له بالعين الموصى بها فقط فيتملكها بمجرد تمام الوصية، ولا يتجاوزها إلى غيرها من أعيان التركة اتفاقا بين علماء المذاهب الأربعة، وكذلك لا يكون للورثة فيها حينئذ أي حق إلا إذا مست الوصية بها حقهم في سلامة ثلثي التركة؛ فإن لهم عند ذلك أن يبطلوا الوصية فيما زاد منها عن ثلث التركة عند التنفيذ، وقد بينا هذا بجلاء فيما سبق. وبناء على ما ذكرنا تتقيد الوصية بهذه العين فتبقى ببقائها وتبطل بهلاكها حتى إنها لتبطل كذلك في بعضها عند هلاكه، ولا فرق في هذا الحكم بين هلاكها واستهلاكها إذا ما حدث ذلك قبل وفاة الموصي، فإذا هلكت العين الموصى بها أو بعضها بغير تعد من أحد عليها، أو تعدى عليها متعد فاستهلكها، وكذلك إذا أخرجها الموصي عن ملكه، وكان ذلك كله قبل وفاته بطلت الوصية فيما تلف منها أو فيما خرج من ملكه[1] سواء أعاد إلى ملكه بعد ذلك أم لم يعد خلافًا للمالكية إذ قد ذهبوا إلى أن الوصية تبقى إذا عادت العين إلى ملكه بعد خروجها فتنفذ فيها عند الموت إذا بقيت[2].

وكذلك الحكم إذا هلكت العين الموصى بها أو هلك بعضها بعد الوفاة بلا فعل أحد فإن الوصية تبطل فيما هلك[3] أما إذا تعدى عليها إنسان بعد الوفاة فأتلفها أو أتلف شيئا منها فإن قيمة ما تلف يتعلق بها حق الموصى له كما كان متعلقًا بالعين المتلفة، فإذا قبل الوصية تملك القيمة بالقبول[4] وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل أيضا[5]. والسبب في ذلك ما قدمناه من أن ملك الموصى له يستند إلى وقت الموت، فيكون

=إلى غيره فإن هذا العقد يبطل كذلك بانفساخ البيع الأول وذلك ضرر يلحق من اشتراه أخيرا، ولأن هذا الحكم جاء مخالفًا للقياس كما ذكرنا اقتصر على محل وروده وهو المبيع قبل أن يقبض، وقد رأى بعض الفقهاء أن يخصه بالمبيع المنقول لظهور هذا التحليل السابق فيه، ولا يجعله شاملا للمبيع إذا كان عقارا لأن هلاك العقار نادر أو لا يكون، فلا يتعرض عقد بيعه للفسخ إذا كان عقارا لأن هلاك العقار نادر أو لا يكون. فلا يتعرض عقد بيعه للفسخ بسبب هلاكه قبل تسليمه، ولذا أجاز صاحب هذا القول التصرف في المبيع قبل تسليمه إذا كان عقارا ولم يجزه إذا كان منقولا.

(١) راجع المبسوط جـ٢٧ ص ١٦١، ١٧١.
(٢) راجع منح الجليل جـ٤ ص ٦٥٢.
(٣) راجع الفتاوى الهندية في شتى المسائل وراجع المبسوط جـ٢٧ ص ١٧٤.
(٤) راجع المبسوط جـ٧ ص ١٧١.
(٥) راجع قواعد ابن رجب قاعدة ٤١

الاستهلاك واقعًا على ما يملك فيستحق لذلك بدله، وذكر صاحب المبسوط لذلك وجها آخر فقال: إن حق الموصى له قد تأكد فيها بالموت فيثبت لذلك في بدلها بخلاف ما إذا حصل الاستهلاك قبل الموت فإن حقه لم يتأكد فيبطل بفوات العين ولا يتحول إلى البدل.

وعلى ذلك إذا بقيت العين إلى وقت موت الموصى وكانت تخرج من ثلث التركة وطلبها الموصى له لم تمنع عنه، لأنه صار مالكا لها ولا يجوز للورثة معارضته في ذلك ما دام يسعها ثلث مال التركة الحاضر كما بينا من قبل، فإن هلك بعض التركة أو هلك ما عدا العين الموصى بها من التركة بعد طلب الموصى له العين وامتناع الورثة عن تسليمها لم يؤثر ذلك الهلاك في الوصية ووجب تسليم العين الموصى بها كلها إلى الموصى له، لأن ثلث المال الحاضر من التركة كان يسعها عند امتناع الورثة عن تسليمها، فكان امتناعهم عن التسليم اعتداء منهم وكانوا بذلك غاصبين للعين يضمنونها إذا هلكت بعد ذلك في يدهم، سواء أكان هلاكها بتعد أم من غير تعد، لأن يدهم أصبحت بامتناعهم يد ضمان، وبناء على ذلك إذا هلك شيء من التركة هلك عليهم خاصة ولا يؤثر ذلك في حق الموصى له.

وكذلك الحكم عند أحمد إذا ما كان الهلاك بعد الموت ولو قبل القبول كما قدمنا، فلا يؤثر هلاك شيء من التركة في الوصية متى كانت تخرج من الثلث عند الموت. وتكون العين الموصى بها كلها للموصى له فتسلم إليه متى وسعها ثلث المال الحاضر من التركة عند الموت قبل هلاكه. وعلى الجملة فهلاك الموصى به يكون على الموصى له إذا كان معينًا، وهلاك ما عداه يكون على الورثة وحدهم إذا ما كانوا متمكنين من قبضه قبل هلاكه، أما ما يهلك من التركة قبل تمكن الورثة من قبضه فهلاكه يكون على التركة ويؤثر في الموصى به[1].

قال ابن قدامة في المغني: إذا تلف المال كله ما عدا الموصى به فهو للموصى له، ونقل عن أحمد أنه قال فيمن خلف مائتي دينار وبيتًا قيمته مائة دينار وأوصى لرجل

(١) راجع منتهى الإرادات جـ٢ ص ٥٧٠، ٥٧١

بالبيت فسرقت الدنانير كلها بعد الموت، إن البيت للموصى له به[1] ذلك لأن حق الورثة لم يتعلق به، لتعينه للموصى له، ولذا كان له أن يأخذه بغير إذنهم، فكان حقه فيه دون سائر المال، وكانت حقوق الورثة في سائر المال دونه، فأيهما تلف حقه تلف عليه فقط، وكأن التلف قد حصل بعد أن قبض كل منهم حقه أ هـ ملخصا والمراد أن التالف من التركة قد تلف بعد التمكن من قبضه كما ذكرنا، وقد ذكر صاحب الفروع أن هذا القول هو أصح الروايتين عند الحنابلة، والرواية الأخرى أن للموصى به ثلث العين فقط. فلا يكون للموصى له إلا ثلث البيت في هذه المسألة، وهو رأي الحنفية، لأن العبرة عندهم بوقت التنفيذ، ولذا كان ما يهلك من التركة قبل ذلك الوقت في حكم العدم وكأن المتوفى لم يتركه.

وقد ذكرنا فيما مضى أن الموصى به إذا كان معينًا لم يسلم إلى الموصى به إلا إذا وسعه ثلث المال الحاضر من التركة، فإن لم يسعه كان له منه بقدر ثلث هذا المال، وينتظر فيما زاد على ذلك حضور الغائب، فكلما حضر منه شيء سلم إلى الموصى له مما بقي له من الموصى به بقدر ما يسعه ثلث هذا الحاضر، متى كان ثلث التركة كلها قد وسع الموصى به جميعا وقت القسمة، فإن لم يسعه بطلت الوصية فيما زاد عليه.

وأما المالكية فقد علمت أنهم يخيرون الورثة - إذا لم يسع ثلث المال الحاضر العين الموصى بها - بين أن يجيزوا الوصية فتسلم العين إلى الموصى له، أو يعطوا الموصى له ثلث التركة كلها حاضرها وغائبها وإن زادت قيمته عن قيمة العين الموصى بها على ما بينا من قبل.

وقد علمت مذهب الشافعية وهو أن العبرة عندهم بقيمة العين الموصى بها عند الموت، وبقيمة ما عداها من التركة على أسوأ حالتها فيما بين الموت والتنفيذ، فيجب ألا تزيد قيمة العين الموصى بها بحسب حالتها عند الموت عن نصف أقل قيمة كانت لباقي التركة بعد ذلك إلى وقت التنفيذ، وقد قدمنا ما يوضح ذلك كله من المثل.

---

(١) المغني جـ٦ ص ٥٨٦، ٥٨٧.

هذا ويلحق بهذا النوع من الوصايا الوصية بالدين والوصية بالبراءة منه، فإنها في الواقع تؤول إلى تمليك عين معينة لمن هو أهل للملك والقبول، فيحل الموصى له بالقبول محل الموصي في الدين، فيطالب به ويقبضه، وإذا قبضه تملكه بالوصية عند القبض، وهو لا يكون في هذه الحال إلا عينا معينة، وكذلك الوصية بالبراءة، فإنها في الواقع تمليك المدين ما عليه من الدين عند الوفاة، ولا شك أن الدين حق يؤدى بالعين، فكان في حكمها. غير أنه يلاحظ أنه يشترط في حال الوصية بالبراءة خروج الدين من ثلث أموال التركة الحاضرة مضافًا إليها الدين، لأنه صار بالنسبة إلى المدين كالحاضر، كما يعلم ذلك بالرجوع إلى المبسوط في باب الوصية بالعين والدين، أما عند الوصية بالدين لغير المدين فإنما يلاحظ هذا فيما يقبض من الدين فيكون للموصى له كله إذا خرج من ثلث المال الحاضر مضافا إليه ما قبض[1].

الحق عند الوصية بعين غير معينة:

ي- وإن كان الموصى به عينًا غير معينة - والموصى له معين كما قدمنا - ففي ذلك حالتان:

الأولى: أن يضيف العين إلى نوعها من التركة كأن يوصي إنسان بشاة أو شاتين من غنمه ولا يُعيّن ما أوصى به.

الثانية: ألا يفعل ذلك فلا يضيف أصلا، كما في الوصية لفلان بشاة أو بألف جنيه، أو يضيف الموصى به إلى ما ليس من جنسه، كأن يوصي بشاة من ماله لفلان.

فأما الحالة الأولى: فسيأتي حكمها عند الكلام على الوصية بجزء شائع في نوع من المال.

وأما الثانية: فحكمها ما يأتي، ومثلها في الحكم ما إذا كان الموصى به عملا من الأعمال التي لا تتأدى بغير المال - سواء أعين الموصى ذلك المال الذي يؤدى منه

---

(١) فإن زاد حجز عنه الزائد إلى أن يحضر شيء من التركة فعندئذ يعطي له منه بقدر ثلث ما حضر وهكذا، راجع المبسوط.

العمل أم لم يعين - كما في الوصية بأن يشتري لفلان سيارة، أو بأن يباع هذا المنزل ويعطى ثمنه لفلان ونحو ذلك. فإذا تمت الوصية في هذه الأحوال على ما ذكرنا من قبل، لم يتملك الموصى له بهذه الوصية شيئا من التركة، لا عينًا منها ولا جزءا شائعا فيها اتفاقا، وإنما يثبت له بالوصية حق يتعلق بثلث التركة شائعا تعلقا يشبه تعلق الدين غير المستغرق بالتركة، فيصير ثلث التركة على الشيوع محلا لاستيفاء هذا الحق، كما تكون التركة كلها محلا لاستيفاء ما عليها من ديون، والمراد بالثلث الثلث عند التنفيذ، كما بينا. وهذا إذا لم يقيد الموصي وصيته بمال معين كأن يوصي لفلان بمائة جنيه أو بشاة من ماله، أما إذا قيدها بمال معين كما في الوصية بأن تباع هذه الدار فيشترى بثمنها سيارة لفلان فإن الحق المترتب على هذه الوصية لا يتعلق بثلث التركة شائعا وإنما يتعلق بهذا المال الذي عينه الموصي لتنفيذ وصيته منه، وهو هنا الدار المشار إليها. فتكون الدار وحدها محلا لاستيفاء الوصية وتنفيذها دون بقية أعيان التركة تنفيذا لإرادته، ولهذا إذا كان هذا المال المعين مما يفوت بالهلاك والتلف كما في الوصية بأن تباع هذه الفرس ويشترى بثمنها سيارة لفلان، فإن الوصية أيضا تتقيد بالفرس تنفيذا لإرادته، ولذا تبطل الوصية إذا نفقت قبل الوفاة أو إذا هلكت بعدها من غير تعد، اتفاقا لزوال محلها كما تقدم قريبا، بخلاف ما إذا لم يعين مالا فإن الوصية حينئذ تتعلق بثلث التركة شائعا بوضع من الشارع الحكيم، إذ لم يجعل للموصي حق التصرف في كل ما يترك من أموال وإنما جعل له حق التصرف في ثلثها فقط كما رواه عطاء عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم». كما جعل لورثته كذلك الحق في أن يتملكوا ثلثيها على الأقل كما سبق أن بيناه من قبل لا نعلم في هذا خلافا بين الأئمة الأربعة.

لهذا كان ثلث التركة شائعا محلا لتنفيذ الوصية في هذه الحال، لا تتجاوزه إلا بإجازة الورثة، ولا تتعلق بما عداه من بقية التركة، سواء أزادت الوصية عنه أم نقصت، فإن زادت ارتدت إليه، وإن نقصت نفذت منه، لا يؤثر فيها هلاك بعضه ما دام في بقيته وفاء، لأنه بالنسبة لها كالتركة جميعها بالنسبة للدين كما قدمنا، فكما أن التركة كلها محل لوفاء الدين، سواء أحاط بها أم لم يحط، فيستوفي منها أو مما بقى



إن أصابها هلاك، وقد علمت أن العبرة عند الحنابلة بوقت الموت، وإن ما يصيب التركة من هلاك بعد ذلك الوقت يحتسب على من آل إليه المال الهالك متى هلك بعد التمكن من قبضه، فإن أصاب الموصى به احتسب على الموصى له، وإن أصاب ما عداه بعد التمكن من قبضه احتسب على الورثة، وإن أصابهما معا كما إذا كانت الوصية بجزء شائع احتسب عليهما معا بحسب ما لكلٍّ في المال الهالك من سهام، أما الحنفية والمالكية على أشهر الأقوال عندهم فالعبرة بوقت القسمة فما يصيب التركة من هلاك يحتسب عليها فيكون الباقي هو التركة، وكأن الموصي لم يترك سواه وقد تقدم هذا.

وينبغي أن يلاحظ مع هذا أن شيوع الثلث - الذي يتعلق به حق الموصى له- في كل التركة يجعل لهذا الحق في الواقع تعلقا بجميع أعيان التركة على سبيل البدل لعدم تعيين المحل، ولعل هذا كان أساس من ذهب إلى أن للموصي أن يبيع أي عين من التركة لتنفيذ الوصية في هذه الحال وذلك لتعلق الوصية بها على هذا الوجه.

هذا ويلحق بهذا النوع من الوصايا الوصية بحق كتأجيل الدين، فإن الدين الموصى بتأجيله يتأجل على المدين حينئذ إذا ما وسعه ثلث التركة، ويكون ذلك حقًا للمدين إلى الأمد المعين يتعلق بالتركة، ولا يترتب على هذه الوصية ملك فيها.

الفرق بين حق الوصية وحق الدين:

وبناء على ما قدمنا يكون حق الموصى له في هذا النوع من الوصايا حقًا متعلقًا بالتركة على الوجه الذي بيَّناه، فيشابه الدين غير المستغرق في تعلقه ولكنه لا يعد دينًا. ويصير الموصى له فيها كالغريم وليس بغريم[1] لأن ذلك الحق يخالف الدين في الأمور الآتية:

الأول: أن هذا الحق لا يشغل ذمة أحد، فليس يشغل ذمة الورثة؛ لأنهم لم يلتزموه، ولا ذمة الموصي لأنه ما وجب إلا بعد خراب ذمته أو بعد زوالها، وإذن

(١) راجع البزازية وحاشية الفنري على شرح السراجية للسيد.

فهو حق يتعلق بتركة الموصي، وليس لشخص ما حق المعارضة فيه، وهو في معنى حق التملك أو هو نوع منه، بخلاف الدين فإنه قبل الوفاة كان شاغلا لذمة المدين، ثم بقي بعد الموت شاغلا لها كذلك عند الحنفية ما دام قد ترك لوفاته أموالا، وقد فصلنا هذا فيما مضى كما فصلنا القول فيه عند غيرهم.

الثاني: أن هذا الحق لا يمنع الوارث أن يتملك التركة كلها بمجرد وفاة المورث، أما عند من يرى ذلك في الدين من علماء الشافعية والحنابلة وغيرهم فالأمر بين، وكذلك الحال عند من يرى من الحنفية أن الدين غير المستغرق لا يمنع. أما عند من يرى منهم أنه يمنع الوارث أن يتملك، فلأنه يخالف الدين في تعلقه، فإن الدين غير المستغرق إنما منع عندهم لأنه يتعلق بجميع التركة أما حق الموصى له فلا يتعلق إلا بثلثها فلا يعقل أن يمنع الوارث مع ذلك من تملكها كلها.

وأما عند من يرى منهم أنه يمنع ملك الوارث في التركة بقدره فلأن تعلق حق الموصى له أضعف من تعلق الدين، ولذا كان في المرتبة الثانية بالنسبة إلى الدين، ولم يكن للموصى له أن يأخذ حقه من أي عين يجدها من التركة ولو عند وجود غيرها إلا بعد سداد الدين، ثم يكون بعد ذلك في مرتبة الوارث بالنسبة إلى ما يبقى من أعيان التركة الحاضرة، فلا يتجاوز ما يعطى منها ثلثها في سبيل تنفيذ وصيته، ويبقى الثلثان للورثة، وإذا كان في منزلتهم لم يمنعهم حقه أن يتملكوا بعد تحقق سبب الملك وهو الوراثة.

وعلى ذلك لم يكن لتعلق هذ الحق بالتركة ما لتعلق الدين بها من الأثر، فلم يمنع الورثة من أن يتملكوها كما منعهم الدين.

ويؤيد ما ذكرناه عن رأي الحنفية في هذا كثير من الفروع المنقولة في كتبهم. منها ما نقلناه فيما تقدم عن البزازية من جواز تصرف الورثة في العين الموصى بها صدقة، وما نقلناه عن الأنقروية من أنه إذا أوصى بثلث ماله للفقراء ملك الوارث التصرف في التركة جميعها، لأن حقيقة الحق المتعلق بالتركة في هذه الحال وفي حال الوصية لمعين واحدة، فإذا لم تمنع الوصية تملك الوارث في إحداهما لم تمنعه في الأخرى، هذا

إلى ما ذكره الحنفية من جواز تصرف الوارث في أعيان التركة في هذه الحال، وجواز استخلاصه التركة لنفسه بإنفاذ الوصية من خالص ماله دون أن يكون للوصي على التركة حق معارضته في ذلك ففي الخانية:

١- للورثة الكبار أن يستخلصوا التركة لأنفسهم بإنفاذ الوصايا من خالص أموالهم، وليس للوصي منعهم من ذلك إذا أنفقوا، أما إذا اختلفوا في الاستخلاص فالوصي يبيع منها وينفذ الوصية ولا يلتفت إلى قولهم لقيامه مقام الموصي.

٢- للكبار من الورثة إنفاذ الوصية من أموالهم لتسلم لهم الضياع.

٣- للورثة بيع أعيان التركة ما بقى منها ما يفي ثمنه بتنفيذ الوصية.

ونتيجة ما تقدم أن الورثة يتملكون التركة كلها بمجرد الوفاة في هذه الحال، ولكنها مع ذلك تكون محملة بحق الموصى له على الوجه الذي شرحناه.

وقد يؤدي البحث والنظر إلى أن من يرى أن الدين - وإن لم يحط بالتركة - يمنع الورثة أن يتملكوا شيئا منها يلزمه كذلك أن يرى هذا الرأي في الوصية لقوله تعالى بعد بيان سهام الورثة «﴿... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾﴾ [النساء]. فيكون مذهبه في الوصية كمذهبه في الدين، لأن تعلق كل منهما بالتركة محقق، والآية تعمهما، وقد نسب ابن رجب هذا القول في قواعده إلى القاضي أبي يعلى من الحنابلة - كما تقدم - ولكن قد يكون لبعض هؤلاء أن يفرقوا بين تعلق الدين وتعلق الوصية من حيث القوة وشموله لكل أعيان التركة، كما ذكرنا، ثم يرتبوا على ذلك أن الدين يمنع ملك الورثة ولا تمنعه الوصية، وهذا هو رأي المالكية، وقد نستنبطه من تعليلهم ما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع الوصي لشيء من التركة لتنفيذ الوصية إذا كان في الورثة كبير غائب، فقد عللوا ذلك بأن المال مال الغائب، ولا ولاية للوصي عليه، ولا شك أن جعلهم المال ملكا للغائب يدل على أنهم يرون الوصية لا تمنع الورثة أن يتملكوا وإن لم يكن ذلك صريحًا في كلامهم[1].

(١) هناك من الفروع ما قد يستدل منها على أن الوصية بمبلغ من المال تمنع الوارث أن يتملك من التركة بقدره عند المالكية ومن ذلك ما في شرح الدردير جـ٤ ص ٤٣١ وتعليق الدسوقي عليه وهو إذا أوصى لعبده بمائة دينار فإنه يعتق من ذلك المبلغ فإذا بقيت منه بقية كانت له، وإن لم يحمله ذلك=

الثالث: أن الموصى له في هذه الحال لا يحاصص الدائنين في التركة إذا ما ضاقت، ولا يساويهم في المنزلة بل يتأخر عنهم فتسدد الديون جميعها أولا، ثم تنفذ هذه الوصية في ثلث ما بقى كما سيأتي، وهذا محل اتفاق.

الرابع: أن الدين تؤخذ به أية عين وجدت سواء أوجد غيرها أم لم يوجد، دون أن يكون للوارث حق المعارضة في ذلك إلا إذا أراد استخلاصها بأداء الدين إلى صاحبه، فله حينئذ أن يستبقيها بشرط أن يبادر إلى سداد الدين كما سيأتي.

أما الوصية فليست كذلك وإنما تتبع فيها الأحكام الآتية:

أ- إذا كان ثلث ما تركه الموصي من أعيان حاضرة يفي بوصيته أعطى الموصى له جميع ما أوصى له به، وإن شئت قلت نفذت الوصية، فإذا كانت بوقف أرض وقفت، وإذا كانت بشراء دار لفلان اشتريت له، وإذا كانت بشاة من ماله فمات وليس له غنم اشترى له شاة من تركته، وإذا كانت بمبلغ من النقود أعطى له هذا المبلغ إن وجد في التركة، فإن لم يوجد بيع منها ما يفي ثمنه به عند الحنفية والحنابلة والشافعية وبعض المالكية وقد تقدم هذا وهكذا.

ب- إذا توفي الموصي عن أعيان حاضرة لا يفي ثلثها بوصيته ولم يترك سواها لم يكن للموصي له من وصيته إلا بقدر ثلث هذه الأعيان، وبطلت الوصية فيما زاد عنه إذا لم يجز الورثة.

=المبلغ عتق منه بقدره وكمل باقيه من ماله إن كان له مال أ هـ فقد نستدل من هذا على أن الموصى له يمتلك من التركة بقدر هذا المبلغ، وأن العبد بالإيصاء له بهذا المبلغ ملك من نفسه بقدره فعتق كله إذا وسعه المبلغ وإن لم يسعه عتق بقدره، غاية الأمر أننا قد جمعنا له كل ملكه في نفسه حتى نصل بذلك إلى تحقيق ما رغب الشارع فيه من عتق، كما جمع له ذلك عند الإيصاء له بثلث التركة أو ربعها، ومن ذلك أيضا ما في ص ٤٣٦ جـ٤ لو أوصى بأن يشتري عبد فلان ليعتق اشترى بقيمته فإن لم يرض مالكه زيد إلى ثلث قيمته فإن لم يرض استوني فإذا لم يرض في المدة وُرِثَ المال وبطلت الوصية أ هـ ومحل الاستدلال قوله ورث المال فإنه يدل على أن المال قبل ذلك لا يورث أي لا يملكه الوارث والمراد بالمال قيمة العبد مضافا إليها ثلثها كما في الدسوقي وكذلك قال لو أوصى ببيع عبده لم يرثه الورثة إلا بعد الإياس من بيعه أ هـ ومقتضى ذلك أن الوصية تمنع ملك الوارث في التركة بقدرها وإذن فهل للمالكية في هذا قولان؟

فإن ترك الموصي غير هذه الأعيان الحاضرة ديونًا قبل الناس أو أعيانًا غائبة كالأعيان المغصوبة وغيرها مما بيّناه فيما سبق وخرجت الوصية من ثلث كل التركة - حاضرها وغائبها - أعطى الموصي له أيضًا من وصيته بقدر ثلث الأعيان الحاضرة فقط، وانتظرنا بالباقي حتى تستوفى الديون أو تحضر الأعيان الغائبة - عند الحنفية والشافعية والحنابلة - فكلما حضر شيء من ذلك أعطى الموصى له بقدر ثلثه من بقية وصيته حتى يستوفيها جميعها، وعند المالكية يخير الورثة بين إجازة الوصية، فيعطى الموصى له في الحال ما أوصى له به، وبين إعطائه ثلث التركة - حاضرها وغائبها - على ما بيّنا فيما سبق وسيأتي لذلك زيادة تفصيل عند كلامنا على تصفية التركة.

الخامس: أن الدين لا يتأثر بهلاك بعض أعيان التركة فيستوفى من بقيتها بعد الهلاك ولو استنفده. أما الوصية فتتأثر بذلك، لأنها دائمًا تتقيد بثلث الباقي بعد الهلاك فلا تتجاوزه إلا بإجازة الورثة، وعلى ذلك فقد يؤثر فيها الهلاك بالنقض إذا لم يسعها ثلث الباقي.

حق الموصى له المعين عند الوصية بجزء شائع:

لك- وإذا كان الموصى به جزءًا شائعًا (١) فقد يكون شائعًا في كل التركة كأن يوصى إنسان لآخر بسدس ماله أو بربعه أو بثلثه أو بخمس تركته (٢) وقد يكون شائعًا في عين معينة من أعيان التركة كأن يوصي إنسان لآخر بربع هذه الدار أو بنصف هذه الأرض (٣) وقد يكون شائعًا في نوع من أنواع المال كأن يوصي إنسان لآخر بثلث نقوده أو بنصف دوره أو بربع دوابه أو بثلثي حبوبه وهكذا فهذه ثلاث صور.

١- الحق عند الوصية بجزء شائع في كل التركة:

فإن كان الموصي به جزءا شائعًا في ماله أو في تركته لم تتقيد الوصية بما يملك الموصى عند وصيته من مال عند أبي حنيفة ومالك وأحمد وكذا الشافعي على أصح القولين عنده، وإنما تنصرف إلى كل ما يملكه عند الوفاة من أموال؛ سواء أحدثت

هذه الأموال بعد الوصية أم كانت موجودة عندها، وسواء أزادت عما كانت عليه عند الوصية أم نقصت، وسواء أكانت حاضرة عند الوفاة أم غائبة، وسواء أكانت ديونًا[1] قبل الناس أم عقارات وعروضًا، لأن وقت الوفاة هو وقت لزوم الوصية، وهو كذلك وقت التمليك، فتكون العبرة بما يوجد عنده من أموال، وبهذا قال أيضًا النخعي والأوزاعي وأبو ثور، لا فرق في ذلك بين مال يعلمه الموصي ومال لا علم له به، وحكي عن الفقيه أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة بن عبد الرحمن أن الوصية تقتصر على ما يعلمه الموصي من الأموال ولا يدخل فيها ما لا يعلمه، وهو رواية كذلك عن مالك. والقول الأول أصح لأن ما لم يعلمه الموصي معدود أيضًا من أموال ومحسوب من تركته فيدخل في وصيته لعمومها. وكذلك نقل عن الشافعي أن العبرة بوقت الوصية فلا يدخل فيها ما يحدث بعدها من أموال، وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى.

وقد اختلف في دية الموصي إذا قتل فوجبت فيه الدية، فقيل تدخل في وصيته لأنها من أمواله وتقضى بذلك منها ديونه، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة وأحمد، وقيل لا تدخل فلا تنفذ منها الوصية ولا تقضى منها ديونه، لأنها ملك مبتدأ للورثة، وروى هذ عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وقد فصلنا القول في ذلك في بحثنا الذي نشرنا عن تأثير الموت في حقوق الإنسان فارجع إليه إن شئت تفصيلا.

وفي هذا النوع من الوصايا يتملك الموصى له من أموال الموصي عند الوفاة -إذا ما تمت الوصية- حصة شائعة فيها بمقدار ما أوصي له به، فيكون شريكا للورثة في التركة بقدر هذه الحصة. وهي لا تتجاوز ثلثها إلا بإجازتهم. واعتبار الموصى له شريكا للورثة في التركة عند ذلك ليس محلا لخلاف أحد فيما نعلم، وعلى ذلك يكون تنفيذ الوصية كما سيأتي بقسمة التركة على حسب ما للشركاء فيها «الموصى له

(١) هذه المسألة محل خلاف بين الحنفية فمنهم من يرى أن المال يشمل الديون في الذمم لأنها تورث ولها حكم الأعيان ومنهم من يرى أن المال لا يشملها جاء في الأنقروية ص ٢٤١١ نقلا عن مجمع الفتاوى أوصى شخص بثلث ماله لم يدخل فيه ما له قبل الناس من ديون. وقيل يدخل. وجه القول الأول أن الثلث يعتبر من أعيان التركة والدين لا يعتبر من أعيانها لأنه ليس بمال مطلقا ولا يصلح للقسمة.

والورثة» من سهام أو حصص، لا يتقدم أحدهم الآخر، فإن هلك شيء منها قبل قسمتها بلا تعد هلك على الجميع كل بحسابه لثبوت ملكهم جميعا في هذه الحال عند الموت، وإن هلك بتعد ألزم المستهلك بالضمان وكان لجميع الشركاء لا نعلم في ذلك خلافًا بين الأئمة الأربعة.

٢- الحق عند الوصية بجزء شائع في عين معينة:

وإن كانت الوصية بجزء شائع في عين معينة من أعيان التركة كما إذا أوصى شخص لآخر بنصف هذه الدار، أو بربع هذه الشاة، أو بثلث هذه الأرض. ولم تتجاوز وصيته ثلث تركته على ما بيّناه، وقد تمت بقبولها على الوجه الذي ذكرناه، فإن الموصى له يتملك كذلك في تلك العين الحصة التي أوصى بها شائعة فيها فيصير شريكا للورثة فيها. وعلى ذلك يكون له نصف الدار شائعا أو ربع الشاة أو ثلث الأرض على الشيوع، وعندئذ تتقيد الوصية بهذه العين، فإذا هلكت بأي سبب من الأسباب قبل الوفاة بطلت الوصية سواء أكان هلاكها بسبب يوجب الضمان وقد ضمن المتعدى قيمتها لمالكها أم كان بسبب لا يوجب ضمانا. وكذلك الحال إذا هلكت من غير تعد بعد الوفاة، فإن الوصية تبطل أيضا، أما إذا تعدى عليها بعد وفاة الموصى إنسان فأتلفها وضمن لذلك قيمتها فإن حق الموصى له يتعلق ببدلها كما كان متعلقا بعينها وقد قدمنا ذلك.

وسيأتي حكم ما إذا تلف بعض هذه العين قبل وفاة الموصي أو بعدها عند كلامنا على الوصية بجزء شائع في نوع من أنواع المال، وقد أخرناه لتماثل الأحكام في الحالين.

٣- الحق عند الوصية بجزء شائع في نوع من المال:

وإن كانت الوصية بجزء شائع في نوع من مال الموصي ففي ذلك حالتان: (الأولى): ألا يكون الموصي مالكا لشيء من هذا النوع وقت الوصية.

(الثانية): أن يكون مالكا لشيء منه في ذلك الوقت.

الحالة الأولى: فإن لم يكن مالكا لشيء منه وقت الوصية، كما إذا أوصى بربع غنمه وليس له غنم فللحنفية في ذلك روايتان: رواية تقضي بأن الوصية في هذه الحال تكون باطلة وهي رواية الأصل، سواء أوجد هذا النوع في التركة عند الموت أم لم يوجد. ورواية تجعل العبرة بوقت موت الموصي. فإن كان يملك عند الموت هذا النوع من المال صحت الرواية ويكون للموصى له ما أوصى له به فيه من سهام. ففي المثال السابق يكون له ربع الغنم التي توجد عند الموت، ويكون شريكا فيها مع الورثة عند تمام الوصية. وإذا لم يكن مالكا لشيء من هذا النوع عند الموت أيضا بطلت الوصية. وهذه رواية الكرخي وهو كذلك قول الشافعي ومالك وأحمد.

وكذلك الحكم إذا ما كانت الوصية بعين غير معينة أضافها الموصي إلى نوعها، ولم يكن مالكا لهذا النوع وقت الوصية، كما إذا أوصى لآخر بشاة من غنمه وليس له عند الوصية غنم، فإن للحنفية في ذلك الروايتين السابقتين، أما الأئمة الثلاثة فيذهبون إلى أن الوصية في هذه الحال باطلة إذا لم يكن مالكا للغنم عند الموت، فإن وجد له غنم عند الموت كان للموصى له منها ما أوصى له به، شاة أو أكثر، يقوم الورثة بتعيينه على رأي أو يعين بواسطة القرعة على رأي آخر.

أما إذا أضافها إلى ماله أو إلى تركته، ولم توجد مملوكة له عند الوفاة كما إذا أوصى لآخر بشاة من ماله أو من تركته، ولم يكن له غنم عند الوصية ولا عند الوفاة، فقد قدمنا أن الموصى له لا يستفيد بهذه الوصية إلا حقا متعلقا بثلث التركة شائعًا، وحينئذ يعطى من مال الموصي بعد الوفاة قيمة شاة أو يشتري له من التركة شاة. ويراعى في ذلك التوسط عند المالكية، ورأي الورثة عند الحنفية والحنابلة، لأن التعيين لهم عند إبهام الموصي للوصية. وإنما صحت الوصية في هذه الحال باتفاق الأئمة الأربعة لأن إضافة الشاة إلى المال أبانت أن الغرض من ذكرها لا يعدو التقدير، فيكون للموصى له ما قدر له من التركة وهو شاة أو قيمتها.

وسيأتي الحكم فيما إذا أوصى بعين غير معينة وقد أضافها إلى نوعها وهو يملك هذا النوع عند الوصية أو أضافها إلى ماله ووجد له من نوعها عند الوفاة.

الحالة الثانية: وإن كان الموصي مالكا لشيء من هذا النوع وقت أن يوصي فإن وصيته تتقيد حينئذ بما يملك منه، كما تتقيد كذلك بالعين المعينة إذا ما أوصى بجزء شائع منها اتفاقًا، ولهذا لا يكون للموصى له حق إلا فيما يبقى من ذلك النوع الذي كان له وقت الوصية، دون ما يملكه منه بعد ذلك، أو في تلك العين المعينة فقط[1]، فإذا أوصى شخص لآخر بثلث غنمه أو أرضه أو نقوده المودعة في بنك مصر أو داره هذه اقتصر حق الموصى له على ما يبقى من غنمه أو أرضه أو نقوده عند موت الموصي مما كان مملوكا له عند الوصية - وإن استحدث من ذلك النوع بعد ذلك ملكا واسعا - كما يقتصر على ما يبقى من هذه الدار، فإذا ماتت جميع الغنم أو استحقت جميع الأرض أو أنفقت جميع النقود التي كانت له في بنك مصر أو بيعت الدار كلها وكان ذلك قبل وفاة الموصي بطلت الوصية لزوال محلها، ولم يكن للموصى له شيء مما استحدثه الموصي بعد ذلك من جنس هذا المال - إن كان - وكذلك إن أعاد الدار إلى ملكه، خلافا لبعض المالكية في هذه الحال فإنهم يقولون ببقاء الوصية إذا ما عادت الدار إلى ملكه، ووجه قول الجمهور أن الوصية في هذه الحال وصية بجزء من مال معين فتتقيد به، فإذا فات هذا المال بطلت وإذا بطلت لا تعود، أما تعيينه في الدار فواضح وأما في غيرها فلما يقضي به العرف من أن الذي يوصي بثلث غنمه مثلا وله غنم لا يريد إلا ما يملكه حين الوصية.

(١) والأصل في ذلك أن كل شيء يسميه الموصي وينسبه إلى شيء من التركة «نوع أو عين» لم تكن الوصية به إلا في ذلك الشيء بعينه الموجود عند الإيصاء فتتقيد به وتبطل بهلاكه أو بخروجه من ملك الموصي وإذا تملك الموصي شيئا منه في حياته لم تُعد وصيته وكذلك إذا رجع ذلك الشيء نفسه إلى ملكه. وإذا ازداد بعد الوصية بسبب من الأسباب لم تدخل الزيادة في الوصية وعلى هذا إذا أوصى بثلث غنمه كان للموصى له ثلث الغنم الموجودة عند الإيصاء دون ثلث ما يستحدث من غنم بعد ذلك وإذا هلك جميعه بطلت الوصية ويستثنى من ذلك نسبة الموصى به إلى جميع التركة أو المال فإن العبرة عندئذ بما يوجد عند الموت من ذلك وإذا استحدث ملكا جديدا بعد الإيصاء شملته الوصية. وإذا أوصى الموصي بشيء فلم ينسبه ولكن سماه فقط كالإيصاء بغنمه ويقره فإن الوصية تكون بما عنده وقت الوصية وبما يستفيده بعد ذلك وعليه تكون العبرة بما يوجد من ذلك عند الموت راجع المحيط البرهاني في كتاب الوصية.

وكذلك الحكم إذا ما أوصى بشاة من غنمه مثلا وله غنم عند الوصية، فإن الوصية تتقيد بهذه الغنم فيكون له منها عند الوفاة شاة يعينها الورثة عند الحنفية والحنابلة، وتتعين بالقرعة عند غيرهم كالمالكية، فإن نفق الغنم جميعًا قبل الوفاة بطلب الوصية وإن بقي منها شاة تعينت للموصى له اتفاقًا[1].

هلاك بعض هذا النوع:

وإذا تقيدت الوصية في هذه الحال بالمملوك عندها من عين أو من نوع ثم هلك بعضه أو استحق قبل الوفاة فهل تبطل الوصية فيما هلك أو استحق كما تبطل بهلاك الكل فلا يكون للموصى له إلا بقدر سهامه في الباقي؟

ذهب الحنفية إلى أن الحكم في ذلك يختلف باختلاف حال المال الذي أوصى بسهم منه. فإن كان ذلك المال مما لا يقبل القسمة جبرًا[2] كالدور المتفاوتة تفاوتا فاحشا لاختلافها مادة وصنعا. والثياب المتفاوتة كذلك لاختلافها نوعًا ومادة، والجواهر، فإن الموصي له لا يستحق عند هلاك بعضها أو استحقاقه إلا سهمه فيما بقي منها عند الموت، فإذا كان الموصي يملك عند الوصية خمس عشرة دارا في أصقاع مختلفة فأوصى لصديق له بثلثها ثم باع تسع دور منها فتوفي عن ست فقط لم يكن للموصى به بالقبول إلا ثلث الدور الست الباقية، وبطلت الوصية في ثلث الدور المبيعة لزوال محلها، وكذلك الحكم في الجواهر يوصي إنسان بربعها ثم يستحق بعضها أو في الثياب المختلفة يوصي شخص بسدسها ثم يتلف بعضها، فلا يكون للموصى له من ذلك إلا ربع الباقي من الجواهر عند الموت، وإلا سدس الثياب الباقية عند وفاة الموصي أيضًا.

---

(١) راجع منح الجليل والبدائع والمبسوط.

(٢) القسمة نوعان قسمة لا يجبر الآبي عليها كقسمة الأجناس المختلفة إذا أعطى كل شريك جنسا بتمامه، وكقسمة الدور المختلفة الموقع والصقع والبناء، وكقسمة الثياب المختلفة الأنواع وكذا قسمة الجواهر، وما لا ينتفع بأجزائه بعد القسمة الانتفاع الذي كان له من قبل، كقسمة الثوب الواحد وآلة الطحن وآلة ري الأرض. وقسمة يجبر الآبي عليها كقسمة متحد الجنس مما لا تتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا سواء أكان من المثليات كالحبوب والزيوت أم من القيميات كالغنم والأفراس والأرض الزراعية والدار الكبيرة.

وإن كان ذلك المال مما يقبل القسمة جبرًا، أو كان عينًا معينة، كالغنم والأفراس والحبوب والأرض الزراعية والدار، فإن الموصى له يستحق عند هلاك بعضه أو عند استحقاق بعضه جميع ما كان يستحقه عند الموت لو أنه بقى سالما إلى ذلك الوقت، ولذا ينظر إلى الباقي منه عند وفاة الموصي فإن كان مثل ما أوصى به، أو أقل منه أخذه الموصى له جميعه، وإن كان أكثر أخذ منه كل ما أوصى به مع مراعاة خروج ما أوصى به من ثلث التركة، وألا يسلم إليه مع ذلك إلا ما يسعه ثلث الأموال الحاضرة منها على ما بيّنا فيما سبق.

فإذا أوصى شخص لآخر بثلث غنمه، ثم نفق ثلثاها، كان للموصى له جميع باقيها عند وفاة الموصي، لأن ذلك ثلث كل الغنم عند الوصية، وكذا إذا أوصى إنسان بربع نقوده المودعة في بنك مصر لصديقه فلان ثم أنفق بعد ذلك ثلثيها كان لفلان ثلاثة أرباع باقيها عند وفاة الموصي، لأن ذلك ربع نقوده المودعة عند الوصية، وكذلك إذا أوصى إنسان لشخص بثلاثة أرباع ضيعته بجهة كذا ثم ظهر بعد ذلك أن نصفها مستحق لآخر وحكم له، كان للموصى له ما بقى من الضيعة عند الوفاة وهو نصفها لأنه جزء من الثلاثة أرباع الموصى بها، وإذا أوصى بسدس ما في مخزنه هذا من الحبوب لهذا الفقير، ثم استهلك نصفها كان للموصى له عند وفاة الموصى ثلث ما في المخزن من الحبوب لأنه سدس جميع الحبوب عند الوصية وهكذا مما لا يخفى عليك تطبيقه بعد هذا البيان، مع مراعاة ما قدمناه من خروج الموصى به من ثلث التركة، ومراعاة ما يكون حاضرًا من أموالها وما يكون غائبًا، حتى لا يعطي الموصى له فعلا إلا ما يخرج من ثلث الحاضر إلى آخره.

وكذلك الحكم عند الحنفية إذا ما كان الهلاك أو الاستحقاق بعد موت الموصي وقبل قسمة التركة بين الموصى له والورثة، فإذا أوصى شخص بثلث غنمه لآخر، وكان له عند الوصية تسعمائة رأس من الغنم، وبقى ذلك له إلى وقت الوفاة، ثم نفق منها بعد ذلك مائتا رأس، وكان ذلك قبل قسمة التركة، فإن الموصى له يعطى ثلث ما كان للموصى عند الوصية، ومقدار ذلك ثلثمائة رأس - وإن زاد عن ثلث الباقي منها - إذ الباقي منها سبعمائة رأس. وليس للورثة الاعتراض على ذلك إذا ما خرج

من ثلث التركة عند القسمة. وكذلك الحكم في الدار يوصي مالكها بثلثها لآخر، ثم يحكم بثلثيها لشخص ثالث بعد الوفاة، فإن الموصى له يستحق جميع ثلثها الباقي إذا خرج من ثلث التركة لأنه الموصى به، أما إذا كان لشخص عشر دور فأوصى بنصفها لآخر، ثم حكم بعد الوفاة بخمس منها لشخص ثالث وكان ذلك قبل القسمة فلا يكون للموصى له إلا نصف الدور الخمس الباقية إذا خرج من ثلث التركة[1].

ومما ذكر يتبين لنا أن الموصى له في هذا النوع من الوصايا يصير بتمام الوصية شريكا للورثة في نوع المال الذي هو محل الوصية من وقت الوفاة بقدر ما أوصى به شائعًا، غير أنه تارة يكون شريكا لهم فيه على قدم المساواة وتارة يكون شريكًا ممتازًا له حق الأولوية في هذا المال المشترك.

فإذا كان الموصى به جزءًا شائعًا في كل التركة، أو في نوع من الأنواع التي تتكون منها التركة، وكان هذا النوع مما لا يقبل القسمة الجبرية، فإن الموصى له يكون شريكا للورثة في ذلك على قدم المساواة، فإذا أوصى له بثلث المال أو بربع الجواهر التي توجد في التركة فهلك بعض التركة أو استحق بعض الجواهر وكان ذلك قبل قسمة التركة كان حساب الهالك على جميع الشركاء بقدر ما لهم من سهام، فإذا كانت قيمة التركة أو قيمة جواهرها عند الوفاة ١٢٠٠ جنيه فهلك من ذلك نصفه بعد ذلك لم يكن للموصى له إلا ثلث الباقي من التركة عند القسمة وهو ما قيمتهة مائتا جنيه. أو ربع الباقي من الجواهر عند القسمة وهو ما قيمته خمسون ومائة جنيه من الجواهر، لأن الموصى له قد تملك سهمه من وقت الوفاة فأصبح شريكا للورثة، والمال المشترك إذا هلك هلك على جميع الشركاء بقدر سهامهم فيه، وكذلك الحكم إذا كان الهلاك أو الاستحقاق في المسألة السابقة قبل الوفاة لأن العبرة بما يوجد من مال عند القسمة، ولم يوجد عندها إلا ما قيمته ٦٠٠ جنيه فللموصى له حينئذ ثلثه أو ربعه على حسب وصيته[2].

قال في المبسوط: الموصى له بثلث المال شريك للوارث في التركة، ولا يقدم تنفيذ وصيته فيها على تسليم نصيبه منها، وإذا نقصت نقص نصيب كل منهم بقدر

(١) راجع المبسوط في كتاب الوصية.
(٢) راجع أدب الأوصياء والمبسوط.

ذلك النقص، وذلك لاستوائهم في سبب المال والاستحقاق، وهو الخلافة إلا أن خلافة الوارث شرعية. وخلافة الموصى له جعلية بحكم الشارع، وليس لاختلاف نوعي الخلافة تأثير في آثارهما أ هـ.

وإذا كان الموصى به جزءًا شائعًا في نوع من أنواع المال التي تتكون منها التركة ولكنه يقبل القسمة الجبرية، أو شائعًا في عين معينة كهذه الأرض، فإن الموصى له يكون شريكا للورثة في هذا النوع أو في هذه العين لا على قدم المساواة، ولكنه يكون شريكا ممتازا له حق الأولوية فيما يبقى من هذا المال «النوع أو العين» على الورثة كما تقدم، فإذا أوصى إنسان لآخر بثلث نقوده أو غنمه أو بسدس ضيعته بجهة كذا وكانت نقوده عند الوفاة تسعمائة جنيه أو كان عدد غنمه ستمائة رأس أو كانت مساحة ضيعته مائتا فدان وألف فضاع من النقود قبل القسمة ثلثمائة جنيه أو نفق من الغنم خمسون ومائة رأس أو استحق من الضيعة ثلثمائة فدان فإن الموصى له يستحق جميع ما كان أوصى له به من قبل، يأخذه كله من الباقي إن وفى، فإن لم يوف أخذ الباقي كله وضاع عليه باقي وصيته فيكون له من النقود ثلثمائة جنيه وهو نصف الباقي وثلث الكل قبل الضياع، ومن الغنم مائتا رأس وهو ثلث الكل قبل الهلاك وأربعة أتساع الباقي بعده، ومن الضيغة مائتا فدان وهو سدس العزبة قبل الاستحقاق وتسعا الباقي منها بعد الاستحقاق، لا يشترط في ذلك ألا يخرج الموصى به كله من ثلث الباقي من التركة مع مراعاة ما تقدم اشتراطه عند التسليم، وهو ألا يسلم إلا ما يسعه ثلث ما يحضر من أموال التركة، فإن زاد الموصى به عن ثلث باقي التركة بعد الهلاك أو الاستحقاق بطلت الوصية في الزيادة فقط إذا رفض الورثة، فإذا أوصى إنسان لآخر بثلث نقوده وكانت التركة عند الوفاة ستمائة جنيه وقطعة أرض قيمتها عشر جنيهات ومائتان ثم ضاع من النقود ثلثمائة لم يكن للموصى له إلا سبعون جنيهًا ومائة لأنه قد أوصى له ابتداء بمبلغ مائتي جنيه وكانت تخرج من ثلث الجميع، ولكن بضياع ثلثمائة جنيه من النقود أصبحت التركة عشرة جنيهات وخمسمائة، ثلثها سبعون جنيها ومائة، وهو أقل من مائتي جنيه مقدار الموصى به، فلا يكون إلا ما يخرج من الثلث وهو سبعون جنيها ومائة وتبطل الوصية في الباقي وهو ثلاثون جنيها.

فإذا لم يبق من النوع الموصى بسهم منه ما يفي بقدر ما أوصى به أعطى الباقي كله للموصى له إذا خرج من ثلث ما بقى من التركة وبطلت الوصية فيما زاد عنه، فإذا أوصى إنسان لآخر بثلث نقوده فكانت عند الوفاة ثمانمائة جنيه وألف ثم ضاع منها بعد ذلك وقبل القسمة خمسمائة جنيه وألف وكانت قيمة جميع الأموال الباقية من التركة بعد الضياع ألف جنيه، فإن الموصى له يعطي جميع ما بقى من النقود وهو ثلثمائة جنيه، لأنه يخرج من ثلث الألف وهو أقل من الموصى به، وتبطل الوصية فيما زاد عن ثلثمائة جنيه، فإذا لم يكن للموصى إلا هذه النقود التي ضاع خمسة أسداسها لم يكن للموصى له إلا مائة جنيه وهي ثلث الباقي منها، وكذلك الحكم إذا كان الهلاك أو الاستحقاق في هذه الصور قبل وفاة الموصي لما سنذكره من الأسباب.

وهذا ما ذهب إليه أئمتنا الثلاثة أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، وذهب زفر إلى أن الموصى له في الوصية بجزء شائع سواء أكان شائعًا في التركة أم في نوع منها أيًا كان ذلك النوع، قبل القسمة أو لم يقبلها، يكون بتمام الوصية شريكا للورثة في المال المشترك على قدم المساواة، فما يهلك منه بعد الوفاة وقبل القسمة يهلك على الجميع، فلا يكون للموصى له إلا سهمه في الباقي من هذا المال بحسب ما قدر له من ثلث أو ربع وهكذا، لا يتقدم فيه على الورثة، وليست له فيه أية أولوية عليهم، فإذا أوصى الموصى لآخر بثلث المال، وربعه أو بثلث أي نوع منه سواء أقبل هذا المال القسمة جبرًا أم لم يقبل فهلك بعضه لم يكن له إلا ثلث الباقي من المال أو ربعه أو ثلث الباقي من النوع، ولا يختلف هذا الحكم إلا عند الاستحقاق، فإنه إذا استحق بعض المال الذي أوصى بسهم منه فإن الاستحقاق لا يؤثر في حق الموصى له بالنقص ولا ينصرف إلا إلى غير الموصى به متى وسعه ثلث التركة لما سيأتي، لا فرق في ذلك بين أن يكون الموصى به شائعًا في التركة كلها أو في نوع منها، قبل القسمة الجبرية ذلك النوع أم لم يقبلها، وكذلك الحكم عند زفر إذا ما كان الهلاك أو الاستحقاق قبل موت الموصي.

وجه قول الأئمة الثلاثة أن الوصية فيما يقبل القسمة جبرًا مخالف للوصية في التركة كلها والوصية فيما لا يقبل القسمة جبرًا من أنواعها. ذلك لأن الموصى له يستحق بالوصية فيما يقبل القسمة جبرًا مالاً مسمى معلوما يصير به شبيها بالغريم، وذلك ثمرة من ثمرات إمكان جمع النصيب المتفرق في ذلك النوع من المال والجبر على قسمته بين الشركاء، فإن الموصي إذا كان يمتلك ستمائة جنيه فأوصى لآخر بثلثها كان ذلك في المعنى والواقع وصية بمائتي جنيه منها، وكأن الموصي قد أوصى ابتداء للموصى له بمائتي جنيه من هذه النقود، وهو لو فعل ذلك فصرح به لكان للموصى له مائتا جنيه اتفاقا ما بقى من الستمائة هذا المبلغ، لا يمسه هلاك بعضها ما دامت الوصية تخرج من ثلث الباقي من التركة، فكذلك إذا أوصى له بثلث هذه النقود، إذ لا فرق في الحقيقة بين الحالين، لإمكان جمع نصيب الموصى له في جزء مقدر منها هو مائتا جنيه، وكذلك الحال في الغنم والأفراس والدار وما أشبه ذلك، بخلاف ما إذا أوصى شخص بثلث دوره وله ثلاث دور فإن ذلك لا يكون في المعنى والواقع بمنزلة الإيصاء بدار من الثلاثة، إذ قد تكون قيمة هذه الدار أقل من سهم من مائة من الدور الثلاثة وقد تكون قيمتها توازي تسعة وتسعين سهما من مائة من قيمة الدور الثلاثة، فلم يمكن جمع نصيب الموصى له في دار معينة، فكان ذلك بمنزلة الإيصاء بثلث كل دار، فإذا استحق منها داران بطلت الوصية فيهما، وبقيت الوصية في الدار الباقية وهي بثلثها، فلا يكون للموصى له إلا ثلثها فقط، وكذلك الحال بالنسبة لثلث كل التركة. وبناء على ما تقدم يكون الموصى له بجزء شائع فيما يقبل القسمة جبرًا بمنزلة الغريم فيتقدم حقه في محله «وهو النوع الموصى بجزء شائع منه أو العين» عند التنفيذ. كما يتقدم حق الغريم في محله وهو التركة وبمثل ذلك يعلل الحكم إذا ما كان الهلاك قبل موت الموصي.

وحجة زفر أن الموصى له عند تمام الوصية يتملك ما أوصى له من سهام في الحالين من وقت الوفاة كما تقدم، ونتيجة ذلك قطعًا أن يكون شريكا للورثة منذ ذلك الوقت، إما في التركة إذا أوصى له بجزء شائع فيها، وإما في نوع أو عين منها إذا أوصى له بجزء شائع في ذلك، وهذه قضية لا خلاف فيها. وإذا كان شريكا لهم

وجب أن يصيبه ما يصيبهم، ولم يتقدم عليهم، فإن آية الشركة المساواة بين الشركاء عند نقص المال المشترك أو زيادته. وليس الإيصاء بثلث النقود -وهي ستمائة جنيه مثلا- في حكم الإيصاء بمائتي جنيه منها من كل وجه، فإن الإيصاء بالثلث يجعل الموصى له شريكا في كل جنيه منها بقدر ثلثه شائعا فيه، بل شريكا في كل جزء من أجزائه، أما الإيصاء بمائتي جنيه منها فإنه يجعل للموصى له من هذه النقود مائتي جنيه ضالَّةً في الستمائة جنيه، فليس كل جنيه منها مشتركا بين الموصى له والورثة، ولكنه قد يكون كله للموصى له إن كان من المائتين، وقد يكون كله للورثة إن كان من الأربعمائة فالفرق بين الحالين واضح.

وإذا كان للموصى له مائتا جنيه من ستمائة جنيه في الوصية له بمائتي جنيه منها كان في هذه الحال فقط شبيها بالغريم، فتكون له الأولوية عند التنفيذ في الستمائة جنيه وما يبقى منها لقوله تعالى: ﴿ ... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾ ﴾ [النساء]. [النساء]. أما في الوصية بثلث الستمائة فليس شبيها بالغريم، وإنما هو شريك حقيقة للورثة في هذه النقود، فإذا ضاع شيء منها ضاع عليهم جميعا، ولا يكون له فيها حق الأولوية. وإمكان جمع النصيب في نوع من المال وعدم إمكانه في نوع آخر لا يغير الحقائق ولا يبدل معاني الكلمات، وعلى ذلك فالهلاك إذا أصاب النوع وكان مشتركا وجب أن يحاسب عليه جميع الشركاء، وإلا لم يكونوا شركاء، وهذا بخلاف استحقاق جزء منه، لأنه إذا أوصى شخص بثلث نوع من أمواله فاستحق منه الثلثان سواء أكان الاستحقاق قبل الموت أو بعده فإنه يظهر بذلك أن ليس للموصى منه عند الوصية إلا الثلث فتصرف الوصية إليه لاعتمادها على الملك تصحيحًا لعبارة العاقل الرشيد، وكأنه أوصى بالثلث الذي يملكه في ذلك النوع فيكون للموصى له، ولا يضيره بعد ذلك أن يستحق الثلثان[1].

أقول: بهذا وجه قول زفر، وهو مسلَّم إذا كان الهلاك بعد موت الموصى، لتحقق الشركة بين الموصى له والورثة عند الموت بثبوت الملك عنده لكل منهم، أما إذا كان قبل موته فلا، لعدم تحقق الشركة بينهم، إذ لا ملك لهم حينئذ. وأرى

---

(١) راجع المبسوط.

أنه يمكن أن يوجه هذا القول حينئذ بأن الوصية إذا كانت في نوع له أفراد متعددة كالأفراس يوصى بثلثها «ومثلها الغنم والبقر» فإنها تكون في معنى وصايا متعددة بتعدد أفراد ذلك النوع، وكأن الموصي أوصى في كل فرس بثلثها، فإذا نفق بعض الأفراس قبل الموت بطلت الوصية فيما نفق لزوال محلها. وإذا كانت في نوع لا أفراد له كالحبوب والزيوت والدقيق ومثلها النقود بحكم العرف والعادة فإنها لا تكون في معنى الوصايا المتعددة، بسبب عدم القصد إلى كل فرد من أفردها، لتماثلها من جهة أو لتفاهتها وحقارتها من جهة أخرى، ألا ترى أن من يوصي بثلث هذه الصُبْرَة من القمح أو بثلث نقوده أو بثلث دقيقه لا يقصد أن يوصي بثلث كل حبة أو بثلث كل ذرة من الدقيق، ولا يقبل العرف أن تحلل وصيته هذا التحليل كما قدمنا، وإنما يقصد إلى ثلث الكل دفعة واحدة. وقد ينتهي بنا هذا البيان إلى القول بنفاذ الوصية في الثلث الباقي كله لانطباق اللفظ عليه كما هو مذهب الأئمة الثلاثة، ولكن إذا روعي أن الموصى - وقد أوصى بثلث حبوبه أو دقيقه أو نقوده - قد يكون له من وراء ذلك غرض صحيح، هو أن يكون ما يملكه من هذا النوع مقسومًا بين الموصى له وورثته هذه القسمة وألا يحرم منه ورثته، وجب ألا يكون للموصى له - مع احتمال وجود ذلك الغرض وقرب إرادته واتفاقه مع ما يعرف من إيثار الناس لورثتهم - إلا القدر المحقق من ذلك النوع وهو ثلث الباقي. هذا ما يمكن أن يعلل به مذهب زفر فيما أرى إذا كان الهلاك قبل الموت وفي رأيي أن مذهب زفر أشد رعاية لجانب الورثة وانطباقًا على القواعد وقد نص أبو السعود في حاشيته على الدرر أن الفتوى عليه.

بقي ما إذا أوصى إنسان بجزء شائع من عدة أنواع يقبل كل منها القسمة الجبرية كما إذا أوصى بثلث نقوده وغنمه وأبقاره فهلك بعض ذلك. والحكم فيها أن الهالك إذا كان جنسًا بأكمله لم تكن المسألة محل خلاف ولم يكن للموصى له إلا سهمه في الباقي من الأنواع. وبطلت الوصية في النوع الهالك، وإن هلك جزء من كل نوع أو من بعض الأنواع كانت المسألة محل الخلاف بين أئمتنا الثلاثة من ناحية وزفر من ناحية أخرى، أما رأي زفر فظاهر وجهه، وأما رأي أئمتنا الثلاثة في الحالين فمبني على أن الأجناس المختلفة المشتركة لا تقبل القسمة الجبرية. فإذا هلك جنس منها

هلك على الجميع، وأما إذا كان الهلاك في كل جنس فكل جنس قابل للقسمة الجبرية، ويمكن جمع النصيب فيه، فيتقدم فيه الموصى له على الورثة كما تقدم.

هذا ما يراه الحنفية فيما إذا هلك بعض المال الموصى بجزء شائع فيه إذا ما كان نوعًا في التركة أو عينًا معينة منها سواء أكان الهلاك قبل موت الموصي أمام بعده، أما ما يراه غيرهم في ذلك فيختلف باختلافهم.

رأي الحنابلة:

فأما الحنابلة فقد ذكروا: أنه إذا أوصى شخص بثلث ماله كانت العبرة بما يملكه عند الموت من الأموال.

وإذا أوصى بمعين كهذه الفرس أو بجزء منه كثلث هذه الصبرة من البر تقيدت الوصية بهذه العين،فإذا هلكت قبل الموت أو بعده بلا تعد بطلت الوصية في الصورتين.

وإذا أوصى بجزء شائع من نوع من المال كما إذا أوصى بثلث أفراسه أو بربع بقره فإن لم يكن له من ذلك شيء وقت الوصية ففي صحتها قولان كما هو مذهب الحنفية، قيل لا تصح لأنه كالهازل في كلامه حينئذ إذ لا أفراس ولا بقر له، وقيل العبرة بوقت الموت، فإن كان يملك من ذلك شيئا فيه صحت الوصية وإلا بطلت[١]، وإن كان يملك وقت الوصية هذا النوع صحت قولا واحدا، ولكنهم لم يبينوا الحكم فيما إذا هلك قبل الموت بعض ما كان يملك منه، أيؤثر ذلك في الوصية فلا يكون للموصى له إلا ثلث الباقي منه أو ربعه أو لا يؤثر فيها فيكون له ثلث كل النوع أو ربعه قبل أن يهلك منه شيء متى خرج من ثلث التركة عند الموت؟

كما أنهم كذلك لم ينصوا صراحة على ما يكون لهذا الهلاك من أثر فيها إذا ما حدث بعد الموت، وإنما جاءت عبارتهم مطلقة قد يذهب الفكر إلى أنها مقيدة كما سيتضح لك فيما بعد.

---

(١) راجع المغني ص ٤١١ ج٦

وكل ما ذكروه في هذا الموضوع - في كتبهم التي وصلت إلى يدي - فرعان، وبيان الشروط التي يجب توافرها لدخول كل من الموصى به وباقي التركة في ضمان الموصى له والورثة، ولعلنا نوفق إلى استخراج مذهبهم كاملا من النظر في ذلك.

جاء في منتهى الإرادات ما ملخصه: وتدخل الأعيان الحاضرة من التركة في ضمان الورثة بمجرد موت المورث متى كانوا متمكنين من قبضها، فإن تلفت حينئذ احتسبت عليهم ولا ينقض بتلفها ثلث أوصى به المورث، فقد نقل عن أحمد أنه قال في رجل ترك مائتي دينار وفرسًا قيمته مائة دينار وقد أوصى بالفرس لآخر، فسرقت الدنانير بعد موته: إنه يجب دفع الفرس إلى الموصى له، وتذهب الدنانير على الورثة. وقد علل ذلك بأن ملك الجميع قد استقر في الفرس والدنانير بثبوت سببه على وجه لا يخشى انفساخه، فما يهلك من ذلك يهلك على مالكه، كما يهلك ما في يد المودع على مالكه عند عدم التعدي، وقد ذكرنا هذا فيما سبق.

ومقتضى ذلك أن الأعيان لو كانت غائبة أو حاضرة ولم يتمكنوا من قبضها لم تدخل في ضمان الورثة ولم يحتسب عليهم هلاكها وكذلك إذا كان ما عدا الموصى به دينا فتوى.

ونعيد قول ابن رجب في قواعده مع التلخيص لحاجتنا إليه: ويدخل في ضمان الموصى له الموصى به من حين القبول إذا كان متمكنا من قبضه، لا خلاف في ذلك، أما قبل القبول ففيه رأيان:

أحدهما: أنه يدخل في ضمانه من وقت الموت، ووجه ذلك واضح عند من يرى أن الموصى له يملك الموصى به من وقت الموت، سواء أكان يذهب في ذلك إلى أنه يملكه بمجرد الموت أم يذهب إلى أنه يملكه من وقت الموت بشرط القبول، فإذا تمكن من قبضه كان في ضمانه كما لو ملكه بهبة، أما عند من يرى أن الموصى له لا يملك الموصى به إلا من وقت القبول، وهو أصح الأقوال عند الحنابلة، فوجهه أن حقه تعلق بالموصى به تعلقا يمنع الورثة أن يتصرفوا فيه، فأشبه العبد الجاني إذا جنى فلم يدفع سيده ضمان جنايته عنه، وتأخر المجني عليه في استيفاء حقه من رقبته ببيعه حتى

تلف، فإن ضمان ذلك عليه فلا يطالب سيده بشيء. فلما كان حق الموصى له في تملك الموصى به ثابتا على وجه لا يمكن إبطاله، كما في العبد، كان ضمان نقصه عليه، وإن لم يكن مالكا له بالفعل كما في ربح المضاربة إذا قلنا إن المضارب لا يملكه إلا بالقسمة فإن هلاكه قبلها يكون عليه.

ثانيهما: أنه لا يدخل في ضمان الموصى له إلا بالقبول، لأنه لا يملكه إلا من حينه. وذلك واضح على القول بذلك، أما على القول بأنه يملك الموصى به من وقت الموت بشرط القبول فوجهه أن القبول لا يثبت به الملك للموصى له من وقت الموت إلا إذا ثبت له فعلا عند القبول، لأن ثبوته عند الموت تابع لثبوته حين القبول، وما يهلك قبل القبول لا يثبت فيه ملك الموصى له حين القبول، لأنه معدوم والمعدوم لا يملك، وإذن فلا يثبت فيه للموصى له ملك قبل ذلك فإذا هلك لم يهلك عليه.

وأما على القول بأنه يملك بمجرد الموت فينبغي أن يدخل في ضمانه من وقت الموت قولا واحدا كالموروث يدخل في ضمان الوارث من وقت الموت.

ومقتضى ما ذكرنا أن ما عدا الموصى به من التركة إذا كان عينا حاضرة يدخل في ضمان الورثة من وقت الموت متى كانوا متمكنين من قبضه، فإذا هلك هلك عليهم دون أن يؤثر هلاكه في الوصية. أما إذا لم يتمكنوا من قبضه فإنه يهلك على حكم ملك المورث، فلا يحتسب عليهم خاصة وإنما يحتسب على التركة، وكأن المورث لم يترك إلا الباقي بعد الهلاك، ونتيجة ذلك أن الوصية تتأثر في بعض الأحوال، فترد فيها إلى ثلث الباقي إن صارت بهذا الهلاك أكثر منه.

أما العين الموصى بها فتدخل في ضمان الموصى له من وقت القبول قولا واحدا، فإذا هلكت بعد القبول هلكت على الموصى له متى كان متمكنا من قبضها، أما إذا هلكت قبل القبول وبعد الموت فعلى أرجح القولين يكون حكمها كذلك، وعلى الثاني تهلك على التركة، وتبطل الوصية إذا كانت مقيدة بها لزوال محلها، ولذا لا يكاد يوجد في النهاية فرق عملي بين هذين القولين.

بقى النظر في المقدار الشائع إذا ما كان موصى به أو كان للورثة، أيعد ممكن القبض فإذا هلك بعد الموت بهلاك ما شاع فيه من المال هلك على الورثة والموصى له جميعا لدخوله في ضمانهم وتمكنهم من قبضه أم لا يعد كذلك، فإذا هلك بعد الموت هلك على التركة؟ فإذا أوصى شخص بثلث هذه الصبرة من البر ثم هلك ثلثاها أو نصفها بعد الموت وقبل القبول فما الحكم؟ أتهلك على الورثة والموصى له فيكون ثلث الهالك على الموصى له، وثلثاه على الورثة، لدخول ذلك في ضمانهم من وقت الموت لتمكنهم من قبضه، وعليه فلا يكون للموصى إلا ثلث باقي الصبرة، أو يهلك على التركة لعدم تمكنهم جميعا من قبضه، وإذن يكون للموصى له جميع ما أوصى له به، بأخذه من الباقي إن أمكن وخرج من ثلث باقي التركة؟

الظاهر لي من بعض عباراتهم أنهم يرون الشائع غير ممكن القبض، وعلى ذلك فيكون للموصى له ما أوصى له به، بأخذه من الباقي إن خرج من ثلث باقي التركة ووفى به الباقي، وإلا أخذ الباقي جميعه، وعندي أن هذا محل نقد إذ يجب أن يكون الشائع ممكن القبض على وجه يناسب حاله، ألا ترى أن مالكه يصح له أن ينتفع به مع شيوعه إما بالتصرف فيه وإما بطريق المهايأة، وإذا اعتبر كذلك اختلف الحكم.

وعلى ضوء ما بيّنا نذكر الفرعين الذين أشرنا إليهما.

١ - **قال في المنتهى**: ومن أوصى له بثلث ثلاثة أفراس واستحق اثنان أو ماتا فله ثلث الفرس الباقي، لاقتضاء الوصية أن يكون له من كل فرس ثلثه، وقد بطلت الوصية فيما ماتا أو استحقا «بزوال محلها»، فبقى له ثلث الفرس الباقي أ هـ ومثله في كشاف القناع.

ومقتضى هذا التعليل أن هذا حكم كل موصى به يحتوي على أفراد كالأفراس والغنم والبقر والدور والثياب والجواهر، لأن الوصية بثلث ذلك في الواقع وصية بثلث كل فرد فيه، فإذا فات أي فرد منه بسبب من الأسباب بطلت الوصية فيه لزوال محلها، سواء أكان ذلك قبل الموت أم بعده، وإذن فليس في هذا الفرع وحكمه ما يخالف ما ذكرناه، ويكون الحكم فيه حكما لكل وصية كانت بجزء شائع في نوع من المال تعددت أفراده كما ذكرنا.

٢- وجاء في المنتهى أيضا: ومن أوصى له بثلث فرس أو ثلث دار ونحوها فاستحق ثلثاها فله الثلث الباقي من الفرس ونحوه، لأنه موصى به وقد خرج من ثلث التركة فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئًا معينًا، وكذا لو أوصى له بثلث صبرة من بر ونحوه أو بثلث دن من زيت وشيرج ونحوه فتلف ثلثاه أو استحقا كان للموصى له الثلث الباقي ومثله في كشاف القناع.

ونرى من ذلك أنهم أطلقوا القول في الهلاك والاستحقاق فلم يبينوا ما إذا حدث ذلك قبل الموت أو بعده، وأقول فإن حدث ذلك قبل الموت فالحكم واضح الوجهة، لأن الموت قد جاء الموصي ولا يملك إلا ثلث الفرس أو الدار أو الصبرة أو الدن فيتصرف الوصية إليه تصحيحا لكلامه، ولأن ما يهلك في هذه الحال يهلك على صاحبه وهو الموصي، فلا يؤثر في وصيته ما دام لم يمس محلها، وكان للموصى له بناء على ذلك ما أوصى له به كله، يأخذه من الباقي بعد الهلاك أو الاستحقاق إن وفى وخرج من ثلث التركة، فإن لم يوف أخذ جميع الباقي منه متى خرج من الثلث. وكذلك الحال في الاستحقاق إذا ما حدث بعد الموت، لأنه تبين بالاستحقاق أن الموصي لم يكن يملك عند الموت إلا الثلث فلا فرق بين هذه الحال والتي قبلها.

أما إذا كان الهلاك بعد الموت فسواء أكان قبل القبول أم بعده فإنه في أعيان لم يتمكن ملاكها من قبضها، لأن حصصهم فيها شائعة، والشيوع يمنع من القبض، فالورثة لا يستطيعون قبض مالهم لاختلاطه بملك الموصى له، وكذلك الموصى له، وإذن فالهلاك يكون على التركة، فإذا هلك ثلثا الصبرة كان ذلك على التركة ولم يؤثر ذلك في وصية الموصي، فيكون للموصى له جميع ما أوصى له به وهو الثلث، يأخذه من الباقي بعد الهلاك إن وفى وخرج من ثلث باقي التركة، فإن لم يوف به أخذ الباقي كله متى خرج من ثلث باقي التركة، وبما أن الباقي من الصبرة هو ثلثها والوصية بثلثها فيعطى للموصى له متى خرج من ثلث باقي التركة والمثال واضح. ومن هذا تبين أن لا خلاف بين هذا الحكم وما ذكرناه في قواعد الضمان.

وهذا هو الحكم في كل وصية كانت بجزء شائع في عين واحدة أو في نوع ليس له أفراد كالبر والشعير والزيت ونحوه إذا هلك بعضه قبل الموت أو بعده.

وبهذا ظهر لنا مذهب الحنابلة وأنه يتلخص في الآتي على ما استنبطناه:

إذا أوصى بجزء شائع في نوع متعدد الأفراد كالأقواس فهلك بعضه قبل الموت أو بعده بطلت الوصية في الهالك ولم يكن للموصى له إلا حصته في الباقي بقدر ثلثه أو ربعه أو نصفه على حسب الوصية، بشرط أن تخرج من ثلث باقي التركة، وهم يتفقون في هذا مع الحنفية إذا كانت أفراد النوع بينها تفاوت فاحش. وإذا كانت بجزء شائع في عين واحدة أو في نوع لا أفراد له كالزيت والبر والنقود فهلك بعضه فله جميع ما أوصى له به، يأخذه من الباقي إن وفى وإلا أخذ الباقي منه متى خرج من ثلث باقي التركة، سواء أكات ذلك قبل الموت أم بعده. أما إذا هلك جميعه فإن الوصية تذهب بهلاكه وهم يتفقون في ذلك مع الحنفية.

وعلى أية حال فالموصى له على رأيهم في هذا النوع من الوصايا عند تمامه، شريك للورثة في العين أو النوع الموصى له بحصة فيه بقدر هذه الحصة، غير أنه لمكان الشيوع فيه وعدم التمكن فيه من القبض بسبب هذا الشيوع لا يدخل شيء منه في ضمان الموصى له أو الورثة على الرغم من ثبوت الملك فيه لهم، وإنما يعتبر بالنسبة إلى الهلاك على حكم ملك المتوفى وفي ضمانه، فإذا هلك شيء منه هلك على التركة، ولم يؤثر في الوصية ما دام لا يمس محلها، وكأن هذا الهالك لم يكن موجودا عند الموت، ومن هذه الناحية قد يؤثر في الوصية فينقصها إلى ثلث الباقي إذا ما زادت عنه، ونظير هذا الصبرة من البر يبيع مالكها نصفها لآخر مثلا ثم يهلك قبل التسليم ثلثها أو نصفها فإن الهالك في هذه الحال يهلك على البائع لا عليهما مع تملكهما لها بالاشتراك. فيأخذ البائع جميع ما اشتراه من باقيها إن وفى بذلك.

رأي المالكية:

وأما المالكية[1] فيرون أن الموصي إما أن يوصى بعين واحدة أو بعينين فأكثر من

(١) راجع منح الجليل والخطاب والمواق.

نوع من الأنواع التي تتكون منها التركة دون أن يعين ذوات الأعيان الموصى بها كأن يوصي بفرس من أفراسه أو بثلاث شياه من غنمه أو بعشرة رءوس من بقره دون أن يعين ما أوصى به من ذلك، وإما أن يوصي بجزء شائع في نوع من الأنواع أو في عين معينة.

ففي الحال الأولى: يعتبر ذكر العدد بيانا لسهم الموصى له في ذلك النوع ما دام الباقي منه عند القسمة أكثر من العدد الموصى به، ففي الوصية بفرس من أفراسه يكون للموصى له نصف الأفراس إذا كان في التركة عند القسمة فرسان، وثلثها إذا كان فيها ثلاثة، وربعها إذا كان فيها أربعة وهكذا، وفي الوصية بثلاث شياه يكون للموصى له عشر الغنم إذا كان في التركة عند القسمة ثلاثون رأسا، ونصف العشر إذا كان فيها ستون رأسًا، وهكذا، وفي الوصية بعشرة رءوس من البقر يكون للموصى له ثلثاها إذا كان في التركة عند القسمة خمسة عشر رأسا وهكذا، فالعبرة بما يوجد في التركة عند القسمة، سواء أزاد عما كان فيها عند الموت أم نقص، وسواء أزاد عما كان للموصي من ذلك عند الوصية أم نقص، وسواء أكانت الزيادة بالولادة أم بشراء أم بهبة، وسواء أكان النقص بهلاك أم باستهلاك أم بتصرف، ما دام الذي سيعطى للموصى له على هذا الحساب يخرج من ثلث الباقي من التركة عند القسمة، وما دام الباقي من هذا النوع يزيد على العدد الموصى به من الأفراس والغنم والبقر.

فإن كان الباقي مساويا أو أقل أعطي للموصى له جميعه متى خرج من ثلث الباقي من التركة، فإذا أوصى إنسان لآخر بعشر شياه من غنمه ولم يكن في التركة عند القسمة من هذا النوع إلا عشرة رءوس أو أقل أعطى النوع كله للموصى له متى خرج من ثلث باقي التركة، لا ينظر إلى ما كان في التركة منه عند الموت، ولا إلى ما كان يملكه الموصى منه عند الوصية، لانطباق الوصية عليه إن كان الباقي مساويا، ودخوله فيها إن كان أقل، وعدم إمكان اعتبار العدد جزءا منه لأنه أكثر.

فإذا عرف سهم الموصى له في الباقي من النوع بهذه الطريقة قسم النوع أو الباقي منه بين الموصى له والورثة على هذا الحساب باعتبار قيمته لا باعتبار عدده، فإذا أوصى

شخص لآخر بعشر شياه من غنمه ولم يكن في التركة عند القسمة إلا خمسون رأسا كان للموصى له خمس الجميع، فتقسم الغنم على هذا الحساب بين الموصى له والورثة باعتبار القيمة، فيكون له خمسها قيمة متى خرج من ثلث التركة عند القسمة، وأربعة أخماسها للورثة، ثم يعطى الموصى له في الخمس عددا من الغنم توازي قيمته خمس قيمة الجميع، سواء أكان مثل ما أوصى له به عددا أم أقل أم أزيد، فقد يعطى في خمسه شاة واحدة إذا كانت قيمتها خمس قيمة الجميع وإن كان الموصى به عشرا، وقد يعطى عشرين كذلك إذا كانت قيمة العشرين خمس قيمة الخمسين وهكذا، ووجه ذلك أنه إذ أوصى لشخص بعدد من غير تعيين الذوات فإن الموصى له يطالب بهذا العدد من أرفعها قيمة بينما الورثة لا يريدون أن يعطوه هذا العدد إلا من أردئها وأنقصها قيمة، ويأبون عليه ما يطلب، فكان من العدل مراعاة الجانبين، وذلك يتحقق بمراعاة القيمة وصرف النظر عن العدد إلا في بيانه لمقدار السهم الموصى به من هذا النوع. ولأن القاعدة العامة عند المالكية أن العبرة في الوصية بوقت التنفيذ لم يعتبر إلا الموجود من النوع عند التنفيذ، لأن ما هلك قبله كأن لم يكن، وما زاد يدخل في النوع. ولكن هذا إنما يظهر - فيما أرى - عند عدم التعيين لما أوصى بجزء منه، أما عند التعيين كما إذا أوصى لشخص بثلاثة أفراس من هذه الأفراس، وأشير إليها مثلا، فلا يظهر إلا اعتبار ما يبقى منها عند القسمة، أما ما يزيد عليها بعد ذلك فلا تتناوله الوصية على ما يظهر لي، لأنه لم يوص بشيء منه، مثله في ذلك مثل الوصية بنصف هذه الدار، فإذا كان في التركة عند التنفيذ داران لم يكن للموصى له إلا نصف الدار الموصى بها، وذلك واضح لا يحتاج إلى بيان.

وفي **الحال الثانية**: إما أن يكون الجزء الشائع شائعًا في نوع أو شائعًا في عين معينة، فإن كان شائعًا في نوع كأن يوصي شخص لآخر بثلث أفراسه أو بنصف غنمه أو بربع نقوده أو خمس دوره أو جواهره أو سدس دقيقه أو زيته أو نحو ذلك. فإن العبرة أيضا بما يوجد من ذلك النوع عند التنفيذ دون نظر إلى ما كان له قبل ذلك، فيكون للموصى له من ذلك ثلث الباقي عند الوصية بالثلث، أو نصفه عند الوصية بالنصف، أو ربعه عند الوصية بالربع وهكذا، لا فرق بين ما يقبل القسمة جبرًا وما لا يقبل، ولا فرق

بين ما يحدث من ذلك بعد الوصية وما كان موجودا عندها، فيعطي الموصى له سهمه في جميع ما وجد منه عند التنفيذ لأن العبرة به، وكأن الموصي قال أوصيت له بثلث غنمي عند القسمة. لأنه وقت استقرار الملك، لا فرق في ذلك بين ما يقبل القسمة جبرا وما لا يقبلها، ولا بين نوع له أفراد كالغنم ونوع لا أفراد له كالدقيق والزيت، فما يهلك منه قبل القسمة تبطل فهي الوصية بهلاكه، وما يحدث منه بعد الوصية قبل القسمة يتناوله الاسم فيدخل فيه، وهذا إنما يظهر كما قلنا عند عدم التعيين، أما عند التعيين كأن يوصي بثلث هذه الأفراس فالظاهر أن العبرة بما يبقى منها عند القسمة. أما ما يحدث بعد الوصية منها فلم يوص بشيء منه فلا يدخل في الوصية. لا فرق فيما تقدم كله بين أن يكون النقص أو الزيادة قبل الموت أم بعده. وذهب ابن الماجشون إلى عدم التفرقة في الحكم بين الوصية بسهم شائع من نوع أو بعدد غير معين منه، وإنه لا يكون للموصى له إلا سهمه فيما بقي من النوع قليلا كان أم كثيرا فإذا أوصى شخص لآخر بعشرة رءوس من غنمه أو بثلث غنمه ولو يوجد في تركته من الغنم إلا ثلاثون رأسًا لم يكن له في الحالين إلا ثلثها وإذا لم يوجد في التركة إلا ثلاثة رءوس لم يكن له في الحالين كذلك إلا ثلثها ولا تعطى له جميعها وإذا لم يكن فيها إلا رأس واحدة لم يكن للموصى له في الحالين أيضا إلا ثلثها فهو يعتبر الجزئية دائما ويلغي العدد إذ لا معنى لاعتباره باقيا وغير باق في آن واحد وإن اختلف الاعتبار[1].

وإن كان الجزء الموصى به شائعًا في عين معينة كثلث هذه الدار أو كثلثي هذه الصبرة من الطعام فاستحق قبل القسمة من الدار ثلثاها أو هلك من الصبرة نصفها سواء أكان ذلك قبل الموت أم بعده فالظاهر لي أن الوصية تبطل فيما هلك، ولا يكون للموصى له كذلك إلا ما عين له من سهام من الباقي، وعلى ذلك يكون له من ثلث الدار الباقي بعد الاستحقاق ثلثه فقط أي تسع الدار، ومن نصف الصبرة الباقي بعد الهلاك ثلثاه، وذلك قياسًا على ما ذكره المالكية في الوصية بجزء شائع من الغنم، وقد ذكرنا الحكم فيه إذا ما هلك بعضها قبل القسمة.

---

(١) راجع الخطاب والمواق.

ويؤيدنا في هذا الاستظهار أيضا ما قدمناه من أن المالكية يجعلون الموصى له مالكا من وقت الموت سواء أكان ذلك الملك ثابتا بمجرد الموت كما ذهب إليه بعضهم أم ثابتًا بالموت بشرط القبول كما ذهب إليه أكثرهم، وإذا كان الموصى له مالكا كان شريكا للورثة في العين المعينة فما يهلك منها يهلك على الشركة، والاستحقاق في معنى الهلاك وعلى ذلك فلا يكون للموصى له في الباقي إلا سهمه فيه بحسب ما أوصى له أولا. وقد بحثت كثيرا في كتب المالكية عسى أن أجد في هذه المسألة نصا صريحا فلم أظفر.

رأي الشافعية:

ويرى الشافعية أن الوصية بجزء شائع في كل المال أو في نوع من أنواعه أو في عين معينة من التركة سواء أكان مما يقسم بالجبر أم كان مما لا يقسم بالجبر تجعل الموصى له شريكا للورثة بمقدار ما أوصى له به، فيصير شريكا لهم في التركة إن أوصى له بسهم شائع فيها كما في الوصية بربع التركة، وشريكا لهم في أي نوع من أنواعها إن أوصى له بسهم شائع في ذلك النوع كما في الوصية بثلث نقوده أو بربع أرضه أو داره، أو بسدس غنمه أو بنصف حبوبه أو بثلثي دوره، فيصير أي نوع من تلك الأنواع شركة بين الموصى له والورثة، للموصى له السهم الذي أوصى به فيه وللورثة الباقي، فإذا هلك شيء من ذلك هلك على الجميع بحكم الشركة، فلا يكون للموصى له إلا سهمه في الباقي في جميع هذه الصور، ولا يعطى كل ما أوصى له به عند الوصية من الباقي، وعلى ذلك فلا يكون له عند الوصية بربع التركة إلا ربع ما يبقى منها، وعند الوصية بثلث غنمه إلا ثلث ما يبقى من الغنم، وعند الوصية بنصف الصبرة من البر إلا نصف ما يبقى من الصبرة وهكذا.

وقد علمت مما سبق أن العبرة عند الشافعية بما يملكه الموصى عند وفاته، وعلى ذلك إذا كان الهلاك قبل الموت فلا يكن له أثر في الوصية، لأن السهم الموصى به هو سهم المال الموجود عند الموت، وإذا كان الهلاك بعد الموت وقبل التنفيذ كان أثره على كل من الورثة والموصى له لأنه قد أصاب مالا مشتركا لهم.

ذلك حكم الهلاك عندهم أما الاستحقاق فلهم فيه رأيان: أحدهما: أنه كالهلاك في الحكم، فإذا استحق بعض الموصي بجزء شائع منه لم يكن للموصى له إلا سهمه في الباقي منه بحسب الوصية، فإذا أوصى إنسان لآخر بثلث هذه الدار ثم استحق ثلثاها سواء أكان ذلك قبل الموت أم بعده لم يكن للموصى له إلا ثلث الباقي منها وهو تسعها، إذ قد تبين بالاستحقاق أن الموصى قد أوصى بما يملك وبما لا يملك فتبطل وصيته فيما لا يملك وتصح فيما يملك وهو ثلث الدار فيكون للموصى له ثلثه.

ثانيهما: أن الاستحقاق يخالف الهلاك في الحكم، وعنده تنصرف الوصية إلى المملوك للموصي فقط ففي المثال السابق تكون وصية الموصي بثلث الدار وصية بالثلث المملوك له، لا وصية فيما يملك وما لا يملك لأن الإنسان لا يوصي بملك غيره وعلى ذلك يكون جميع الثلث الباقي من الدار للموصى له متى خرج من ثلث التركة على ما فصلناه من قبل. وصحح الرأي الأول الإسنوي واعتمده البلقيني، واختار الرأي الثاني شيخ الإسلام زكريا الأنصاري[1].

وعلى ذلك فمذهب الشافعية هو عين مذهب زفر لا يخالفه إلا على إحدى الروايتين في حكم الاستحقاق وهي الرواية التي تجعل الاستحقاق كالهلاك. إذ إن زفر يفرق بينهما لما ذكرنا من الفرق.

ومما تقدم يتبين لنا ما يكون للموصى له من حق في التركة عند الوصية له بجزء شائع، وأنه على جميع الآراء يصير شريكا للورثة فيها إن أوصى له بسهم منها أو في نوع منها إن أوصى له بسهم من النوع أو في عين من أعيانها إن أوصى له بسهم من العين، وأنه قد يمتاز عنهم في بعض الصور عند بعض الفقهاء على ما فصلناه فيما سبق.

حق الموصى له عند الوصية بالمنفعة:

ي- وإذا كان الموصى به منفعة من المنافع كما في الوصية لشخص بسكنى دار معينة أو بركوب سيارة أو بزراعة ضيعة أو باستخدام دابة فإن الوصية بها لا تصح عند

---

(١) راجع أسنى المطالب على روض الطالب ص ٦٢ جـ٣.

محمد بن عبد الرحمن[1] بن أبي ليلى، لأن الموصى إذا ما أوصى بمنفعة عين لشخص فإنه يملكه إياها بإيجابه، وذلك لا يصح ولا ينفذ فيما ليس بمملوك له، ومنفعة العين وكذا بدلها ومثلهما الغلة التي تحدث بعد موته، كل أولئك ليس بمملوك له، لأنها حادثة من مال أصبح ملكا لورثته بمجرد موته، فتكون كذلك ملكا لهم تبعًا لأصلها، فلا ينفذ فيها أو لا يصح تمليك مورثهم وهو لا يملكها.

وذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى أن الوصية بالمنافع أو ببدلها أو بالغلة بعد الموت صحيحة نافذة، وذلك لجواز تمليك كل أولئك بعقدي الإجارة والإعارة في حال الحياة، فيكون تمليكها بعقد الوصية بعد الوفاة أولى بالجواز لأن عقد الوصية أوسع العقود، ألا ترى أنه يصح مع جهالة الموصى به، ومع انعدام محله، وذلك مما تفسد معه العقود الأخرى، هذا إلى ما نعلمه من شديد حاجة الناس إلى تمليك المنافع بعد الوفاة، ولسد الحاجات جاء التشريع. وليس في صحة الوصية بالمنفعة تمليك الإنسان ما لا يملك كما قال ابن أبي ليلى، فالأمر الواقع أن الموصي في وصيته يملك الموصى له ما يملكه، وذلك لبقاء الأعيان الموصى بمنفعتها على حكم ملك الموصى بعد وفاته بالنسبة لمنافعها، فتتبعها في ذلك منافعها، فتكون كذلك مملوكة للموصي أو على حكم ملكه، فينفذ تصرفه فيها بالوصية على أنها ملك له، ولئن قيل إن هذا فرض لا حقيقة وإن الأعيان تنتقل ملكيتها بالوفاة إلى الورثة قطعًا لتحقق سبب الملكية، فإننا نقول إن المنافع لا تتبعها في هذه الحال لوجود المانع، وهو الوصية بها، لأن الموصي إذا أفرد المنفعة بالتمليك بواسطة الوصية فقد جعلها مقصودة بذلك، وله هذه الولاية بحكم الشارع، فلا تكون في هذه الحال تبعًا لملك العين، بل تصير أصلا بنفسها، ولا تكون ملكا للورثة تبعًا لملك العين، وينفذ فيها لذلك تصرف المورث[2].

---

(١) كان من قضاة الكوفة في عهد بني أمية وفي عهد العباسيين ولي القضاء بها ٣٣سنة وولد سنة ٧٤هـ وتوفي سنة ١٨٤هـ وكان فقيها من أصحاب الرأي ومن أهل الفتيا في عصره وكان اختلافه مع أبي حنيفة في الرأي ومجاهرة أبي حنيفة بمخالفته في بعض ما يقضي به سببا في وجود وحشة بينهما، وكان في قضائه مجتهدا وكثيرا ما يعني الحنفية بنقل آرائه للمقارنة بينها وبين آراء أبي حنيفة لاتحاد عصرهما وبيئتهما.

(٢) راجع المبسوط جـ ٢٥ ص ١٨١ والأنقروية جـ٢ ص ٤١١.

وعلى القول بجواز الوصية بالمنفعة تتنوع الوصية بها ثلاثة أنواع: (١) وصية مقيدة بوقت (٢) ووصية مؤبدة (٣) ووصية مطلقة.

الوصية المؤقتة:

إذا أوصى بمنفعة فقيدت بوقت فذلك على صورتين: إحداهما: أن يكون ذلك الوقت مبهما كما في الوصية بسكنى هذه الدار سنة. ثانيتهما: أن يكون معينًا كما في الوصية بسكنى هذه الدار سنة كذا أو مدة حياة الموصى له ففي حال الإبهام يتملك الموصى له المنفعة مقدار المدة المحددة وينتهي ملكه بانتهائها.

وقد اختلف النظر في تعيين مبدأ تلك المدة، فذهب الشافعية إلى أنها تبتدئ من وقت وفاة الموصي، فإذا أوصى شخص لآخر بسكنى هذه الدار سنة أو سنتين فإن الموصى له يسكنها سنة تبتدئ من وقت موت الموصي أو سنتين كذلك. لا يؤثر في ذلك أن يتراخى قبوله للوصية أو أن يكون غائبًا وقت الموت، فإذا كان حاضرًا فقبل الوصية ولم يسكن دون أن يمنعه من السكنى مانع أو تراخى في قبوله الوصية وظل على ذلك حتى مضت المدة المحددة أو مضى بعضها فإن حقه في الانتفاع بالسكنى المدة الماضية يضيع عليه بلا عوض، لأن التقصير من جهته فعليه تبعته، وإذا كان غائبًا وقت الموت فلم يحضر إلا بعد أن مضت المدة المحددة أو مضى بعضها استحق قيمة ما فاته من المنفعة في المدة الماضية، يستوفي عليها ممن انتفع بالعين أثناء تلك المدة، سواء أكان المنتفع وارثا أم غير وارث، لأن فوات المنفعة عليه كان لعذر فيعطى لذلك بدلها، وليس له أن يطالب بأن ينتفع مدة أخرى تبتدئ من وقت حضوره.

وذهب بعض الشافعية إلى أن المدة لا تبتدئ من وقت الوفاة إلا عند حضور الموصى له، أما عند غيبته فإنها تبتدئ من وقت حضوره، لأن غرض الموصي أن ينتفع الموصى له، وذلك لا يتيسر إلا من وقت الوفاة عند حضوره أو من وقت حضوره عند غيبته.

وبناء على هذا القول إذا كان الموصى له غائبًا ابتدأت مدة انتفاعه المحددة من وقت حضوره، وعلى الجملة فالموصى به إذا فوت المنفعة على نفسه لم يستحق شيئًا بدلها.

وأما إذا فوتها عليه الموصي بتصرف صدر منه حال حياته كما إذا أجر العين الموصى بمنفعتها قبل وفاته مدة طويلة فتوفي قبل انتهائها، وكانت مدة الإجارة تمتد إلى ما بعد مدة الوصية أو كانت تستغرق جزءا منها فإن الوصية تبطل فيما شملته مدة الإجارة من الزمن. ويكون للموصى له حق الانتفاع فيما يبقى من مدة الوصية بعد انتهاء مدة الإجارة إن بقيت منها بقية.

وذهب الأذرعي من الشافعية إلى أن مدة الوصية عند إبهامها لا تبدأ إلا بتعيين الورثة لمبدئها[1].

وكذلك كان هذا الموضوع محل خلاف بين الحنفية على ما يؤخذ من فروعهم المنقولة، وهذه بعضها:

١- في الهندية: أوصى رجل أن يترك كرمه ثلاث سنوات للمساكين، ثم مات ولم يحمل الكرم شيئا مدة ثلاث سنين من بعد وفاته، قيل تبطل الوصية، وقيل يوقف ذلك الكرم إن خرج من الثلث ما دام لم يتصدق بغلته ثلاث سنوات، قال الفقيه أبوالليث - رحمه الله - هذا موافق لقول أصحابنا - رحمهم الله - أ هـ.

أقول: القول ببطلان الوصية مبني على أن المدة «مدة السنوات الثلاث» تبتدئ من وقت الموت، وإذ قد مضت السنوات الثلاث عقب الموت ولم يحمل الكرم شيئًا بطلت الوصية لعدم وجود محلها. والقول الثاني مبني على أن المدة لا تبتدئ إلا من وقت أن يحمل الكرم ثمرا، فيوقف الكرم حتى يحمل فإذا حمل ابتدأت المدة وتنتهي الوصية بانتهائها ويشبه القول الأول ما جاء في الفتاوى الأنقروية: إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره سنة معينة فمات الموصى قبل ابتدائها ولم يحضر الموصى له إلا بعد مضيها فإن الوصية تبطل بمضيها وليس للموصى له شيء بدل سكنها هذه السنة،

(١) راجع أسنى المطالب على الروض.

ويشبه القول الثاني ما جاء فيها كذلك ونصه إذا أوصى شخص لفلان بخدمة عبده سنة. وكان فلان غائبًا ثم حضر فإن العبد يخدمه سنة عند رجوعه أ هـ.

وبناء على ما تقدم يكون ما نستنبطه من الخلاف بين الحنفية أن فريقا منهم يرى أنها تبتدئ من وقت الموت كما رأى الشافعية وإذا مضت انتهت وأن فريقا آخر يرى أنها تبتدئ من وقت تمكن الموصى له من الانتفاع وذلك الوقت هو وقت حمل الكرم لثماره في المسألة الأولى ووقت حضور الموصى له من الغيبة في المسألة الأخيرة المنقولة عن الأنقروية. ويميل كثير من علماء الحنفية إلى الرأي الأول كما يظهر لي من عبارة الفتاوى الهندية في الوصية بالمنافع فراجعها إن شئت فإنها طويلة(١).

وفي حال تعيين المدة يتملك الموصى له المنفعة في المدة المعينة فيتقيد ملكه بها. مثال ذلك أن يوصي إنسان لآخر بأن ينتفع بزراعة ضيعته ثلاث سنوات تبتدئ من تاريخ كذا أو بسكنى داره سنة كذا أو ما دام حيًّا، ففي هذه المسائل يتملك الموصى له المنفعة، ويبتدئ حقه بابتداء هذه المدة المعينة إذا ما ابتدأت بعد وفاة الموصي وكان حيا، فإذا ابتدأت بعد وفات الموصي بزمن كانت المنفعة في الفترة التي بين الوفاة وابتداء المدة من حق مالك العين الموصى بمنفعتها وارثا كان أو موصى له بالرقبة،

---

(١) وفي المحيط البرهاني من الفصل التاسع بالوصية بالخدمة:

وإذا أوصى إنسان بخدمة عبد سنة ولم يعينها وكان يخرج من ثلث التركة أو لا يخرج وأجاز الورثة فإنه يسلم إلى الموصى له حتى يستخدمه سنة كاملة ثم يرده على الورثة. وإن كان لا يخرج من ثلث التركة ولم يجز الورثة فإنه يخدم الموصى له يومًا والورثة يومين إلى ثلاث سنين فإذا مضت تمت وصية الموصى بالخدمة.

وكان يجب أن تتعين السنة التي وجد فيها الموت لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فيعتبر بالتمليك حال الحياة ولو أنه تملك منفعة سنة من إنسان بعقد إجارة أو بإعارة انصرفت إلى السنة التالية للعقد وبناء على ذلك يجب أن تبطل وصيته بمضي سنة عقب وفاته. وأجيب عن ذلك بأن السنة قد حملت في الإجارة على السنة التالية للعقد منعًا للجهالة المفسدة لعقد الإجارة وألحق بها عقد الإعارة أما الوصية فالجهالة لا تبطلها ولو حملت السنة فيها على السنة التالية للعقد لأصاب الموصى له من ذلك ضرر عظيم فقد لا يتمكن من الانتفاع عقب الموت مباشرة إما لغيبته وإما لسبب من الأسباب فحملت على سنة غير معينة وتعتبر بالأيام تحقيقًا لغرض الموصي لأنه يريد أن ينتفع الموصى له سنة وتجنبا لما قد يصيب الموصى له من الضرر ومقتضى ذلك أن الحنفية لا يرون في الوصية أن يبتدئ زمن الانتفاع بالموت بل يتمكن الموصى له من الانتفاع.

فينتفع بها إلى ابتداء مدة الوصية، وعند ذلك يبتدئ حق الموصى بالمنفعة في تلك المدة، فتسلم إليه العين ليستوفي منها حقه طيلة هذه المدة[1]، ولا يجوز لمالك العين أن يمنعها عنه، فإن منعها أجبر على تسليمها إليه بالقضاء، وكان مع ذلك ضامنا لمنافعها عند الشافعية لا عند الحنفية لأنهم لا يرون للمنافع قيمة إلا بعقد الإجارة، لأنها ليست بأموال عندهم وإنما تتقوم بالعقد عليها فقط، ولذا لا يكون للموصى له عندهم أن يطالب الورثة بمدة أخرى إذا منعوا العين عنه، لأن حقه مقيد بمدة معينة لا يتعداها فإذا انتهت انتهى حقه وردت العين إلى مالكها.

ويلاحظ أنه إذا مضت المدة كلها أو مضى بعضها والموصي حي فإن الوصية تبطل فيما انقضى منها حال حياة الموصي، وتبقى صحيحة فيما يكون بعد وفاته منها، كما تبطل كذلك إذا ما توفي الموصى له قبل ابتدائها. وكما تبطل فيما يبقى من مدتها إذا توفي الموصى له قبل نهايتها، لأن الحنفية يرون أن الوصية دائما تنتهي بوفاة الموصى له في جميع حالاتها إذا لم تنته قبل ذلك بسبب آخر كانتهاء مدتها.

ويرى مالك والشافعي وأحمد أن الوصية بالمنفعة لا تبطل بوفاة الموصى له قبل انتهاء مدتها، بل تبقى ويحل وارثه محله في تملك المنفعة بطريق الوراثة المدة الباقية، ومبنى هذا الخلاف، الخلاف في توريث المنافع، فالحنفية لا يرون توريثها ولذا ذهبوا إلى أن الوصية تنتهي دائمًا بوفاة الموصى له، والأئمة الثلاثة يرون أنها أموال تورث، وعلى ذلك يرث الموصى له ورثته فيما كان يملك من منافع أوصى له بها، فيحلون في الانتفاع بها محله إلى انتهاء مدتها إن كانت الوصية مؤقتة أو على وجه التأبيد إن كانت مؤبدة، ولا تنتهي بوفاته الوصية. وقد فصلنا ذلك عند كلامنا على توريث المنافع في بحثنا الذي كتبناه عن تأثير الموت في الحقوق.

الوصية المؤبدة:

وإذا كانت الوصية بالمنفعة المؤبدة كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره

---

(١) راجع المبسوط في الوصية ونهاية المحتاج والتحفة.

أبدًا فإن الموصى له يستحق سكناها مدة حياته فقط عند الحنفية لما قدمنا، فترد العين الموصى بمنفعتها بعد الوفاة إلى مالك رقبتها لانتهاء الوصية بموت الموصى له. وعند الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد لا تنتهي هذه الوصية بوفاة الموصى له بل تبقى وتنتقل المنافع بطريق الوراثة إلى ورثة الموصى له ثم بعد وفاة كل منهم ينتقل ما كان له إلى ورثته وهكذا على النحو الذي تورث به الأعيان وتنتقل إلى الأعقاب.

وهذا إذا كانت الوصية بالمنفعة لمحصورين فإن كانت لغير محصورين كما في الوصية للفقراء والمساكين أو كانت للمساجد والمدارس وغير ذلك من المنشآت فإنها تتأيد عند جميع الفقهاء لصيرورتها وصية بوقف، ومرجع ذلك أن ليس لهذه الجهات حياة ولا مدة محددة حتى تنتهي الوصية بانتهائها وتتوقف بوقتها، وإذًا تبقى الوصية ما بقيت، وهي باقية مستمرة، وذلك هو معنى الوقف.

الوصية المطلقة عن المدة:

وإذا كانت الوصية بالمنفعة مطلقة لم ينص على تأبيدها ولا على توقيتها فهي عند الحنفية والشافعية والحنابلة كالمؤبدة في حكمها عند كل منهم، فالحنفية يجعلونها مؤقتة بحياة الموصى له إن كان محصورًا وأهلا للملك، ومؤبدة على سبيل الوقف إن كان غير محصور، لأن ذلك هو حكم المؤبدة عندهم كما قدمنا.

والشافعية والحنابلة يجعلونها مؤبدة في هاتين الحالين، وكأن الموصي أوصى بالمنفعة أبدًا.

أما المالكية فيختلف الحكم عندهم باختلاف حال العين الموصى بمنفعتها، فإن كانت من الأعيان التي لا حياة فيها كالدار والأرض تقيدت بحياة الموصى له كرأي الحنفية، وإن كانت ذات حياة تقيدت بمدة حياة العين نفسها عند ابن القاسم، وهذا هو الراجح عند المالكية، ومعنى ذلك أنها تكون في حكم المؤبدة في هذه الحال، إذ لا منفعة لها بعد هلاكها، وعند ذلك ترجع ذات العين «مادتها الباقية» إن كان لها قيمة بعد التلف إلى ورثة الموصي، ويرى أشهب أنها في هذه الحال أيضا تتقيد بحياة

الموصى له، فلا فارق بين الحالين عنده. ولكن هذا الرأي مرجوح عند المالكية، ولعل مرجع ما رآه ابن القاسم أن حال الإطلاق تحتمل التأبيد والتقييد وأن الانتفاع المؤقت جزء من الانتفاع المؤبد فكان هو القدر المحقق إرادته. والمفهوم أن الموصي إذا أقّت الانتفاع فإنما يؤقته بوقت منضبط معروف له، وذلك الوقت المنضبط إنما ينطبق على مدة حياة العين الموصى بها إذا كان لها حياة كالدابة دون حياة الموصى له في هذه الحال إذ قد تمتد أزمانًا إلى ما بعد هلاك العين وعند هلاكها لا تتحقق الوصية. وعلى حياة الموصى له إذا لم يكن للعين الموصى بها حياة كالأرض الزراعية إذ ليس للانتفاع بها نهاية طبيعية، فكان التوقيت في الحال الأولى بمدة حياة العين الموصى بها وفي الحال الثانية بمدة حياة الموصى له.

أما أشهب فرأيه واضح لا يحتاج إلى تفرقة لأن الموصي إنما جعل المنفعة للموصى له فتختص به في الحالين، وعلى ذلك فإذا أوصى إنسان لآخر بسكنى داره فله سكناها ما دام حيًّا، فإذا مات انتهت الوصية وإذا أوصى له باستخدام دابته فله أن يستخدمها عند ابن القاسم ما دامت حية فإذا هلكت انتهت الوصية وإذا توفي قبل هلاكها حل ورثته في استخدامها محله إلى هلاكها، وعند أشهب تنتهي الوصية بموته إن بقيت حية إلى موته. وهذا كله إذا لم يكن في عبارة الوصية ما يفصح عن غرض الموصي فإن تبين غرضه حمل عليه اللفظ ووقتت الوصية على مقتضى غرضه من توقيتها بحياة الموصى له أو بحياة الموصى به إن كان له حياة.

ما يملكه الموصى له بالمنافع:

تلك هي أحكام الوصية بالمنفعة ومنها نعلم أن الموصى له يستحق المنفعة الموصى له بها فيستوفيها على الوجه الذي بيناه على حكم ملك الموصي كما يستوفي الموقوف عليه منفعة العين الموقوفة على حكم ملك الواقف عند الحنفية. قال السرخسي في المبسوط:

تبقى العين الموصى بمنفعتها على ملك الموصي فتجعل مشغولة بتصرفه موقوفة على حاجته، وإنما تحدث منافعتها على ملكه، وإذا ثبت هذا في المنافع ثبت في بدلها وهو الغلة أ هـ.

وقال الزيلعي في تبيينه: الأعيان الموصى بمنفعتها تكون محبوسة على ملك الميت في حق المنفعة حق يتملكها الموصى له على ملكه، كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف أهـ ومثل هذا في أكثر كتب الحنفية فلا داعي لتكراره.

وقد أشرنا أكثر من مرة إلى أن هذا مجرد اعتبار دعا إليه القصد إلى تسويغ تملك الموصى له منافع العين بعد انتقالها إلى ملك الورثة بالميراث، وأن هذا الاعتبار لا يتنافى مع الثابت فعلا وهو تملك الورثة للأعيان الموصى بمنافعها بمجرد موت الموصى، بدليل أنهم يملكون أيضًا منافعها التي تكون بعد موت الموصي وقبل ابتداء مدة الوصية التي قيدت بمدة معينة. أما سبب عدم التنافي فهو أن ملكية الموصي حينئذ ملكية اعتبارية بالنسبة للمنافع الموصى بها فقط لا تتعداها إلى غيرها.

وعلى ذلك فالموصى له في هذا النوع من الوصايا لا يتملك عند الحنفية شيئًا من أعيان التركة، وإنما يثبت له حق يتعلق بالأعيان الموصى بمنافعها، وهو حق تملك تلك المنافع، ولا يتملك المنافع إلا باستيفائها، لأنها معدومة حين قبول الوصية ولا يملك المعدوم، وإنما يتملكها حين توجد، وذلك عند الاستيفاء، وهذا الحق يمنع الورثة أن يتصرفوا في هذه الأعيان بالبيع والهبة، كما يمنع حق المستأجر مالك العين المؤجرة من مثل هذا التصرف، لأن ذلك يمس حق الموصى له، فإذا تصرفوا كان تصرفهم موقوفا على إجازة الموصى له أو انتهاء حقه بمصالحته عليه نظير بدل أو بتنازله عنه بالمجان، وإنما صح الاعتياض عن هذا الحق عند الحنفية استحسانا، والقياس عندهم يقضي بعدم صحته، لأن حق الموصى له في هذه الحال حق مجرد لتعلقه بمعدوم وهو المنفعة - هذا ما قالوه - وهو محل نظر عندي لأن تعلق حق الموصى له بالمنافع يستلزم كذلك أن يتعلق بأصل هذه المنافع وهي الأعيان، وحينئذ فلا يكون مجردًا لأنه متعلق بعين قائمة هي مال وله بسبب ذلك حق الاستيلاء عليها إلى أن يستوفي منها حقه[1]. وعلى ذلك يكون جواز الاعتياض عنه قياسيًا لا استحسانيًا.

(١) راجع المبسوط والزيلعي. وفي رد المحتار نقلا عن المبسوط توجيه آخر لجواز هذا الاعتياض. وهو أن هذا المال ليس بدلا عن الحق الموصى به، لأنه مجرد لا يعتاض عنه، وإنما يأخذه الموصى له نظير إسقاطه هذا الحق، وعلق الرافعي على ذلك بأن هذا الحق ليس حقا مجردًا، بل حق متقرر كحق القصاص. يريد بذلك أنه يصح الاعتياض عنه كحق القصاص وذلك ما رأينا. راجع رد المحتار جـ٤ ص١٦ وتقرير الرافعي جـ٢ ص ١١٣.

وذهب الحنابلة إلى أن الموصى له في هذا النوع من الوصايا يتملك منافع العين الموصى بمنفعتها بمجرد قبوله الوصية، ويكفي في تسويغ تملكه لها وجود أصلها وهو العين، ولا يضير عدم وجودها نفسها حينئذ. لا فرق في ذلك بين أن تكون الوصية بالمنفعة مؤبدة أو مؤقتة أو مطلقة، فشأن الموصى له في ذلك شأن المستأجر[1].

وذهب جمهور الشافعية إلى التفرقة بين الوصية بالمنفعة إذا كانت مؤبدة أو مطلقة وبينها إذا كانت مؤقتة، فرأوا أن الموصى له يكون مالكا للمنفعة حال التأبيد وحال الإطلاق؛ ولذا يجوز له أن يتصرف فيها حينئذ بالإجارة والإعارة والوصية بها ويرثها كذلك عنه ورثته بعد موته، كما هو رأي الحنابلة، وفي حال التوقيت لا يكون مالكا لها، وإنما أبيح له بالوصية أن ينتفع فقط، فحقه حينئذ من قبيل الإباحة لا الملك، ولذا لم يجز له إجارتها ولا إعارتها، وكان قيام الورثة مقام مورثهم في باقي المدة إن مات قبل نهايتها - على هذا - راجعًا إلى انتقال حق الانتفاع إليهم لا إلى تملكهم للمنفعة بالميراث، وليس هذا عندي بنافع. ذلك لأن انتقال حق الانتفاع إلى الورثة لا يكون إلا على سبيل الوراثة وإذن يكون من قبيل الملك لا من قبيل الإباحة لأن الإباحة لا تورث. وإذا كان من قبيل الملك فأي فرق بين أن يقال إن الموصى له يملك حق الانتفاع وأن يقال إنه يملك المنفعة؛ ولذا لم يرتض بعض الشافعية هذا ولم يفرقوا بين حال التوقيت وغيرها وأجازوا للموصى له حال التوقيت الإعارة.

ومن الشافعية من ذهب إلى أن الوصية بالمنفعة على وجه التأبيد تعتبر وصية برقبة العين، فيتملك الموصى له بالقبول العين ومنافعها، وعللوا ذلك بأن ليس للعين فائدة بدون منافعها حتى تبقى ملكيتها وحدها للورثة ومنافعها لغيرهم، وهذا مردود بأن الإنسان قد يوصي ببعض منافع العين على وجه التأبيد ويبقى للورثة الرقبة ومنافعها الأخرى الباقية، كما قد يكون للموصى له غرض صحيح من الوصية بمنافع العين كلها دون عينها، وهو المحافظة على بقاء العين بعدم تيسير بيعها من الموصى لهم بمنافعها حتى تدوم لهم ولورثتهم تلك المنافع، وهناك غير هذا من الأغراض[2].

(١) راجع كشاف القناع ومنتهى الإرادات.
(٢) راجع نهاية المحتاج وحاشية الشبرملسي عليه وأسنى المطالب والتحفة.

أما المالكية فيرون أن حق الموصى له في هذا النوع من الوصايا قد يكون ملكا للمنفعة وذلك إذا أراد الموصي أن يملكه إياها وعندئذ يكون له أن يؤجر وأن يعير، وقد يكون حق انتفاع فقط إذا أراد الموصي ذلك، وذلك إذا أراد أن ينتفع الموصى له بنفسه فقط، ويستدل على ذلك من عبارته وعندئذ لا يؤجر ولا يعير[1].

تأثير فوات العين الموصى بمنفعتها في حقه:

وعلى كل حال فالعين الموصى بمنفعتها تكون أمانة في يد الموصى له عند جميع الأئمة، فإذا هلكت في يده من غير تعد بطلت الوصية.

أما إذا استهلكها إنسان فعليه ضمانها، وعندئذ يشترى بالقيمة التي تؤخذ من المتعدي عين أخرى من جنس الهالكة تحل محلها عند الحنفية والشافعية فينتفع بها الموصى له بقدر ما بقى له من منافع العين المستهلكة[2].

ويرى الحنفية أنه لا فرق في الحكم بين أن يكون التعدي على العين باستهلاكها قبل الوفاة وبين أن يكون بعدها، ويدل على ذلك ما جاء في الفتاوى الأنقروية نقلا عن قاضيخان ونصه: العبد الموصى بخدمته لإنسان إذا قتل خطأ وأخذت قيمته واشترى بها عبد آخر ثبت حق الموصى له بالخدمة فيه من غير تجديد أهـ. وليس على الموصي أن يفعل ذلك كما هو ظاهر.

ومعنى ذلك أن حقه في الانتفاع بخدمة العبد المشترى يثبت من غير أن تجدد الوصية بمنافع العبد المشترى بالقيمة، والتجديد لا يتصور إلا حال حياة الموصي، ومقتضى ذلك أن حق الموصى له تعلق بما اشترى بقيمة العبد المقتول، ولا فرق في الحكم ضرورة بين أن تكون العين الموصي بمنفعتها عبدًا أو دابة فيعتدى عليها معتد فإنه يضمن قيمتها، وإذا اشترى الموصى بها دابة بدلا عنها تعلقت بها الوصية، وإذا لم يشتر بالقيمة عينًا أخرى من جنس الهالكة كان ذلك رجوعًا منه عن وصيته، وله حق الرجوع فيها، وبالرجوع تبطل.

(١) راجع الحطاب والزرقاني والبهجة.
(٢) راجع نهاية المحتاج والأشباه والنظائر للسيوطي والمبسوط.

وقد علمت فيما مضى أن الوصية تبطل بهلاك العين الموصى بها وكذلك باستهلاكها إذا ما حدث ذلك قبل الوفاة، لزوال محل الوصية، وكان مقتضى هذا أنها تبطل كذلك باستهلاك العين الموصى بمنفعتها قبل الوفاة - كما تبطل بهلاكها في هذه الحالة من غير تعد - لزوال محلها أيضًا، وأن الموصى إذا اشترى بالقيمة عينًا أخرى من جنسها لم يكن للموصى له حق في منفعتها إلا بتجديد الوصية بمنفعتها، فهل في المذهب رأيان: رأي يقضي ببطلان الوصية عند استهلاك عينها، ورأي يقضي ببقائها إذا ما اشترى الموصي بالقيمة عينًا أخرى من جنسها؟ ربما كان ذلك وربما حاول الحنفية التفرقة بين الوصية بالعين، والوصية بمنفعة العين، فتبطل الأولى باستهلاك العين إذا اشترى الموصي بالقيمة عينًا أخرى من جنسها، ربما حاولوا هذه التفرقة فقالوا إن الوصية بالعين وصية بذات العين فإذا زالت الذات زالت الوصية لزوال المحل، والوصية بمنفعة العين ليست وصية بذات العين وإنما هي وصية بانتفاع معين يتحقق بهذه العين وربما يماثلها من جنسها، فإذا اشترى الموصى بالقيمة عينًا أخرى من جنسها أمكن إنفاذ الوصية في منافع العين المشتراة لأنها كالمنافع الموصى بها، ولأن إقدام الموصى على شراء بدلها من جنسها علامة إصراره على الوصية، أما إذا لم يشتر بالقيمة شيئًا أو اشترى شيئا آخر كان ذلك منه رجوعًا عن وصيته فتبطل، لأن له حق الرجوع، وهذه التفرقة مع هذا لا تخلو من نقد.

ويرى الحنابلة أن الوصية بالمنفعة كما تبطل بهلاك العين الموصى بمنفعتها تبطل كذلك باستهلاكها، سواء أستهلكها وارث أم غير وارث. وسواء أكان الاستهلاك قبل وفاة الموصي أم بعده وهي في يد الموصى له، وذهب بعض الحنابلة إلى أن الوارث إذا تعدى عليها فاستهلكها ضمن للموصى له قيمة ما يبقى له من حق في منافعها[1] ولا شك أن هذا حسن إذ قد فات عليه بهذا التعدي ما يعد مالا وهو ما بقى له من منفعة، ومتقضى هذا أن يعم هذا الحكم الوارث والأجنبي على السواء، لأن التعدي إذا استوجب ضمانا لزم أن يستوجبه في جميع حالاته ما دام تعديا. وبقول جمهرة الحنابلة أخذ المالكية كما هو ظاهر عبارة الزرقاني ففي شرحه: إذا اعتدى شخص على

(١) راجع كشاف القناع.

العبد الموصى بخدمته فقتله كان لمالكه قيمته، ولا كلام للموصى له، **لأن حقه إنما كان في خدمته وقد سقط بالقتل أ هـ** فأنت ترى أن تعليله يعم حالة التعدي على العبد قبل وفاة الموصي وبعدها، بل إنك لتراه أظهر في حالة التعدي بعد الوفاة لأنها وقت ظهور حق الموصى له، ذلك ما استنتجته ولم أعثر فيه على نص صريح لهم.

تقييد هذا الحق بثلث التركة:

هذا - وإنما يتعلق حق الموصى له عند الحنفية بالعين الموصى بمنفعتها كلها إذا خرجت من ثلث التركة على ما بيَّنا فيما مضى، فإن لم تخرج من ثلث التركة لم يتعلق حقه إلا بما يخرج منها من الثلث فينتفع به فقط، عند عدم إجازة الورثة لأن في الوصية بمنافع عين حبسها عن الورثة مدة انتفاع الموصى له بها، والموصي لا يملك شرعا أن يحبس عن ورثته أكثر من الثلث إلا بإجازتهم، فإذا لم يكن للموصي مال آخر سوى هذه العين قسمت المنفعة أو بدلها بين الموصى له والورثة فيكون للموصى له ثلثها وللورثة الثلثان إن أمكنت القسمة، كما في الوصية بغلة بستان أو بغلة دار، فإن لم تمكن تهايئوا العين مهايأة زمانية أو مكانية كما سيأتي ذلك في الكلام على تصفية التركة.

ويشبه الوصية بالمنافع الوصية بالبيع أو بالتأجير أو بالإقراض، كأن يوصي شخص لآخر بأن تباع له هذه الدار بكذا أو بأن تؤجر له سنة بكذا أو بأن يقرض له هذا المبلغ مدة سنة. ففي مثل هذه الوصايا يثبت للموصى له بقبوله إياها حقوق تتعلق بهذه الأعيان التي أوصى ببيعها أو بإجارتها أو بإقراضها، ويجب تنفيذ الوصية فيها بناء على طلب الموصى له، وهذه الحقوق هي حق تملكها بالبيع أو تملك منفعتها بالإجارة أو تملكها بالقرض، وقد لا يعين الموصي مالا في الوصية بالقرض، كأن يوصي بأن يقرض لفلان ثلاثة آلاف جنيه دون أن يعينها بالإشارة إليها أو بما في معنى الإشارة، وحينئذ يكون حق الموصى له متعلقًا بالتركة لا بعين معينة.

فإن تضمنت الوصية بالبيع أو بالإجارة محاباة للموصى له في الثمن أو في الأجرة كأن يوصي بأن تباع له هذه الدار بثلاثة آلاف جنيه وقيمتها أربعة آلاف جنيه، أو بأن تؤجر له سنة بثلثمائة جنيه وأجرة مثلها في السنة أربعمائة جنيه، فإن هذه المحاباة

تعتبر وصية أخرى، ويثبت بها للموصى له حق يتعلق بثلث التركة، وعندئذ يجب لنفاذ الوصية أن يتسع ثلث التركة لتلك المحاباة، فلا يتجاوز نقص ثمن الدار عن قيمتها ولا نقص أجرتها عن أجرة مثلها مقدار ثلث التركة إلا بإجازة الورثة، فإن تجاوز ولم يجيزوا لم تنفذ الوصية إلا بمحاباة بمقدار ثلث التركة فقط.

ذلك في الوصية بالبيع والإجارة، أما في الوصية بالإقراض - سواء أكانت بإقراض مبلغ محدد لم يعين أم بإقراض مبلغ معين أشير إليه - فإنه يجب كذلك تنفيذها بناء على طلب الموصى له إذا خرج مقدار القرض من ثلث التركة، فإن زاد عن الثلث فالظاهر من عبارات الحنفية أن الحكم كذلك ووجب التنفيذ، ومبنى ذلك - فيما يظهر لي - ما لاحظوه في القرض من معنى المبادلة بالمثل، لأن المقترض يتملك القرض ثم يؤدي بعد ذلك مثله إلى المقرض، وعلى ذلك لا يملكه بالمجان وكأن الوصية بالإقراض وصية بالبيع بثمن مساو للقيمة، فجازت بكل مبلغ وإن استغرق كل التركة.

وقد يبدو أن ذلك محل للنقد فإن في تنفيذ تلك الوصية منعًا للورثة عن جميع التركة مدة من الزمن، والموصي لا يملك أن يمنع عنهم مدة من الزمن أكثر من ثلثها، ولكن يدفع هذا أن المدة في القرض غير لازمة. وفي وسع الورثة بعد تمامه أن يطالبوا المقترض بالوفاء حالا إذا أردوا فلا تمنع عنهم التركة إلا برضاهم، ورضاهم يعد إجازة منهم، ولذا أوجبوا في الدين - إذا ما أوصى بتأجيله وكان الأجل لازما - أن يخرج من ثلث التركة[1].

وهذا - وإن كان بادي الرأي وجيهًا - لا تبقى له وجاهته عند نافذ النظر، فإن الورثة إذا كان لهم حق مطالبة المقترض قبل مضي الأجل فليس في وسعهم أن يضعوا أيديهم على الأموال المطلوبة بمجرد طلبهم، وليس يعلم إلا الله متى يتم لهم ذلك.

أهم الآثار المترتبة على تعلق حق الموصى له بالتركة:

حق الموصى له في نماء مال الموصي:

بيَّنا فيما مضى أن ليس للموصى له حق في مال الموصي ما دام حيًّا، وإن مرجع

---

(١) راجع البدائع والمبسوط.

ذلك إلى أن تصرف الإنسان في ماله بالوصية تصرف مضاف إلى وقت مستقبل هو وقت الموت، وليس للتصرف المضاف أثر قبل مجيء الوقت الذي أضيف إليه. وبناء على ذلك إذا نما مال الموصي حال حياته كان ذلك النماء تابعًا لأصله فيكون ملكا خالصًا للموصي، لأنه نماء حدث من مال مملوك له وليس للموصى له فيه حق مستقر. لا فرق في ذلك بين أن يكون النماء منفصلا كأن يوصي إنسان لآخر بشاة فتلد قبل وفاة الموصي أم متصلا كأن تكون تلك الشاة هزيلة فتصير قبل الوفاة سمينة. ففي الحالين يكون المال وزيادته ملكًا خالصًا للموصي إلى الوفاة، فإذا ما حضرت نفذت الوصية على الوجه الذي أراده مع مراعاة الشروط الشرعية. ذلك حكم متفق عليه بين الفقهاء ولا ينبغي أن يكون محل خلاف بينهم(١).

أما إذا نما بعد وفاة الموصي فتحت ذلك أحوال ثلاث:

الحال الأولى: أن يكون نماؤه بعد قسمة التركة وتسليمها إلى أصحاب الحقوق فيها من موصى لهم وورثة. وفي هذه الحال يكون نماء حادثا بعد ثبوت ملكيتهم وتقررها ولذا يتبع أصله فيكون حكمه حكم أصله مملوكا لمن يملك أصله، وليس لغيره من سائر أرباب الحقوق أي حق فيه، مثال ذلك أن يوصي إنسان بشاة لآخر ثم يتوفى ويتقاسم الورثة والموصى له التركة ويتسلم كل منهم حظه منها ثم تلد الشاة الموصى بها بعد ذلك أو تسمن فإن ولدها أو سمنها يكون للموصى له تبعًا لأصلها دون أن يعتبر في ذلك خروجه من ثلث التركة لأنه لم يملكه بوصية، وإنما ملكه بسبب تولده من ملكه، وليس هذا أيضًا محل خلاف بين الفقهاء.

الحال الثانية: أن يكون نماؤها حادثا بعد وفاة الموصي وقبل قبول الموصى له، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الحال على حسب اختلافهم في وقت تملك الموصى له وسببه.

---

(١) راجع البدائع والمحيط البرهاني ونهاية المحتاج والشرح الكبير للدردير والمغني.

وقد علمت مما قدمنا أن منهم من يرى أن التركة تتوزع ملكيتها عند الوفاة بين الورثة والموصى له فيتملك الموصى له ما أوصى له به من ذلك الوقت. ويتملك الورثة الباقي. وهؤلاء افترقوا في بيان حكم هذه الحال فريقين: فريق يرى أنه يجب أن يكون لثبوت الملكية عند الموت أثره فذهب إلى أن هذا النماء يتبع أصله في الملك فيكون مملوكا لمن ملك أصله من وارث أو موصى له، لا فرق في ذلك بين نماء متصل ونمـاء منفصل، وإذن يكون الحكم عندهم في هذه الحال كالحكم في الحال السابقة وهؤلاء جماعة من الحنابلة وجماعة من الشافعية وجماعة من المالكية[1].

وفريق يرى أن ثبوت هذه الملكية عند الموت للموصى له مشروط بقبوله وذلك يقتضي أنها ملكية غير مستقرة، وأن المال الموصى به في هذه الفترة «قبل القبول» متردد بين أن يكون للموصى له إذا ما قبل بعد وبين أن يكون للورثة إذا لم يقبل، فإذا نما في هذه الفترة كان النماء مترددا بين هاتين الحالين تبعًا لأصله، ولا يكون للموصى له على سبيل القطع إلا بقبوله الوصية ، فكان حكمه في ذلك حكم الموصى به، وكان تملكه بتملك الموصى به، شأنه في ذلك شأن الجزء منه، فأعطى لذلك حكمه[2]، ولذا رأوا أن يعتبر النماء موصى به مع أصله،وأنه يجب لذلك أن يخرجا معًا من الثلث، فإذا وسعهما ثلث التركة تملكهما الموصى له، وإذا ضاق عنهما تملك الأصل أولا وأخذ من النماء ما يكمل الثلث إن بقيت منه بقية وإلى هذا ذهب أبو حنيفة وبعض المالكية[3] وذهب الصاحبان إلى أنه يتملك من الأصل والنماء معًا ما يخرج من الثلث بلا تمييز بينهما[4].

(١) راجع كتاب الوصية من كشاف القناع جـ٢ ص ٥٠٤ والشرح الكبير لابن قدامة جـ٦ ص٤٥٠ و٥٢٦ ونهاية المحتاج للرملي جـ ٦ ص ٦٧ وحاشية الدسوقي على شرح الدردير الكبير جـ٤ ص ٤٢٤.

(٢) وهناك وجهة أخرى لهذا الرأي، هي أن النماء قد حدث بعد انعقاد سبب الملك في أصله وقبل ثبوت ملك الموصى له فيه، فيصير لذلك كل من الأصل ونمائه موصى بها وذلك كالشاة المبيعة يكون الخيار فيها للبائع فقط ثم يمضي العقد فإن الشاة وولدها يصيران معقودا عليهما ويكون للولد حصة من الثمن راجع المبسوط والمحيط البرهاني.

(٣) راجع منح الجليل.

(٤) راجع كتاب الوصية من حاشية الدسوقي علي الدردير جـ٤ ص ٤٤٥ والبدائع جـ ٧ ص٣٨٥=

أما نماء غير الموصى به من بقية أموال التركة فلا يكون ملكا خالصا للورثة كما رأى الحنابلة والشافعية، بل يعد عند أصحاب هذا الرأي من تركة الموصي فتسدد منه ديونه، ويتسع به الثلث الذي تنفذ في مقداره الوصية، وإنما عدوه كذلك ولم يجعلوه ملكًا خالصًا للورثة لما قدمناه من أنهم يريدون بالثلث الذي يسع الوصية الثلث وقت التنفيذ لا وقت الموت ولا وقت القبول وقد فصلنا القول في ذلك فيما مضى.

وعلى هذا إذا أوصى إنسان لآخر بشاة فولدت بعد وفاته وقبل قبول الموصى له كان الولد ملكا خالصًا للموصى له على رأي الفريق الأول إذا كانت الشاة وحدها تخرج من ثلث التركة عند الوفاة. أما على رأي الفريق الثاني فإنه ينظر إلى قيمتها مع ولدها، فإن خرجا من ثلث التركة عند التنفيذ تملكهما جميعًا، وإن ضاق عنهما الثلث بأن كانت قيمته تسعة جنيهات عند التنفيذ، وكانت قيمة الشاة سبعة جنيهات، وقيمة ولدها ثلاثة جنيهات مثلا، كان له عند أبي حنيفة ومن رأى رأيه الشاة كلها وثلثا ولدها، وعند الصاحبين تسعة أعشار كل من الشاة وولدها. وكذلك الحكم في الزيادة المتصلة كالسمن.

وكذلك علمت مما قدمنا أن من الفقهاء من ذهب إلى أن الموصى له لا يتملك ما أوصى له به إلا عند القبول ومن حينه، وعلى ذلك فنماء التركة كلها في هذه الفترة للورثة، ولا يكون شيء منه للموصى له، لأنه نماء ملكهم وقد ذهب إلى هذا جماعة من الحنابلة وآخرون من الشافعية والمالكية، غير أنه إذا كان النماء متصلا كالسمن وحدث للموصى به فإنه يتبعه طبعًا ويكون للموصى له مع أصله إذا خرج من الثلث[1].

=والفتاوى الهندية جـ٦ ص ١٠٧ والمحيط البرهاني ص ٢٤٦ المجلد الأخير نسخة الأستاذ مفتي الديار المصرية والمبسوط جـ٢٩ ص ١٣.

(١) راجع الشرح الكبير لابن قدامة جـ٦ ص ٤٥٠، ٥٢٦ ونهاية المحتاج للرملي جـ٦ ص ٦٧ وشرح التحفة جـ٧ ص ٣٩، ٤٠ وشرح أسنى المطالب على الروض جـ٣ ص ٤٤.

وهذا ما صرح به الحنابلة في كتبهم، أما الشافعية فلم أجد لهم في ذلك نصًا صريحًا ولكن مقتضى مذهبهم والمأخوذ من إطلاق عباراتهم أن النماء المتصل حكمه حكم المنفصل يكون ملكًا خالصًا للورثة، حتى إن الدابة الموصى بها إذا ما سمنت بعد الوفاة وقبل القبول قومت عند الوفاة وعند التسليم، ثم لا يكون للموصى له منها إلا ما يوازي قيمتها عند الوفاة، فإذا كانت قيمتها عند الوفاة ثلاثين جنيهًا ثم سمنت وأصبحت قيمتها بسبب ذلك عند التسليم أربعين جنيهًا فإنه لا يكون لموصى له إلا ثلاثة أرباعها، وفي هذا بعد لا يخفي وجهه. على أنها قد تسمن ومع ذلك تنقض قيمتها بسبب نزول الأسعار وانخفاضها عما كانت عليه عند الوفاة وعند ذلك لا يمكن معرفة نصيب الموصى له منها إلا بافتراضها باقية على حالتها دون سمن إلى وقت التسليم وتعرف قيمتها على هذا الفرض، فيكون للموصى له من الدابة بقدرها. وإني أرجح أن رأيهم في النماء المتصل كرأي الحنابلة فيه، وأمارة ذلك أنهم حين مثلوا لإرادة توضيح القاعدة لم يمثلوا إلا بالزيادة المنفصلة، وإن تغير الدابة من هزال إلى سمن لا يخرجها عن أن تعد موصى بها عند الناس في عرفهم أقول هذا وإن كان ليس قاطعًا في الموضوع.

الحال الثالثة: أن يكون النماء بعد قبول الموصى له وقبل تسليم التركة لأصحاب الحقوق فيها، وحكم هذا النماء عند المالكية والشافعية والحنابلة كحكمه إذا حدث بعد تسليم التركة لأربابها، لأنهم يرونه نماء مال قد تملكه الموصى له بقبوله واستقر فيه ملكه فيتبع أصله ويصير مملوكا للموصى له مع أصله، ولا يعتبر في ذلك خروجه مع أصله من ثلث التركة، لأنه لم يملكه بمقتضى الوصية وإنما ملكه لأنه نماء ملكه.

أما الحنفية فقد ذكر صاحب المحيط البرهاني عبد العزيز بن عمر «المتوفى في القرن السادس» في كتابه المحيط أن محمدًا – رحمه الله تعالى – لم يذكر عن حكم ذلك شيئًا في كتبه صراحة؛ ولذا اختلف في حكمه المتأخرون، فذهب أحمد القدوري «المتوفى سنة ٤٢٨ ببغداد» إلى ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة، فجعل الحكم في هذه الحال كالحكم فيما إذا حدث النماء بعد التسليم، ذلك لأن النماء قد حدث بعد ملك الموصى



له وتأكده فيكون له على أية حال، خرج من الثلث أم لم يخرج. ألا يرى أنه قد حدث في حال يملك الموصى له فيها أن يتصرف فيما أوصى له به.

وذهب آخرون كالسرخسي «المتوفى في القرن الخامس» إلى أن حكم النماء هذه الحال كحكمه في الحال السابقة «أي إذا حدث بعد الموت وقبل القبول» فيعتبر كل من الأصل ونمائه موصى به، فيشترط لنفاذ الوصية فيهما خروجهما من الثلث، ذلك لأن النماء حدث بعد ملك الموصى له وقبل تأكده، فيكون شأنه شأن ولد الشاة المبيعة إذا ولدت قبل القبض. وليس تصرف الموصى له في العين الموصى بها دليلا على تأكد ملكه، فإن التصرف قد يثبت للمالك في عين ولا يكون ملكه فيها متأكدًا، وذلك كما في شاة جعلت مهرًا إذا ما ولدت هذه الشاة عند الزوج قبل تسليمها إلى الزوجة، فإنها في هذه الحال ملك خالص للزوجة بمقتضى عقد الزواج، وتملك الزوجة أن تتصرف فيها قبل أن تقبضها من الزوج. وولدها حادث حينئذ من مال مملوك للزوجة. ولكن إذا ما طلق الزوج زوجته في هذه الحال قبل الدخول فإن الولد يعتبر مهرًا ويتنصف بهذا الطلاق مع أمه. وهذا دليل على أن ملك الزوجة للشاة بمقتضى العقد لم يتأكد وإلا ما تنصف نماؤها وهو دليل أيضًا على أن ملك التصرف يثبت مع عدم تأكد الملك فلا يصلح وجوده دليلا على تأكده. وهاك دليلا آخر على عدم تأكد ملك الموصى له بمجرد القبول. ذلك أنه لو هلك بعض التركة في هذه الحال حتى صارت الشاة لا تخرج بعد ذلك من ثلث الباقي بعد الهلاك لا يكون للموصى له إلا بقدر ثلث الباقي من التركة، فإذا كان لا يخرج منه إلا نصف الشاة لم يكن له إلا نصفها. وبناء على ما ذكر يكون النماء في هذه الحال حادثا قبل تأكد الملك فيلتحق بأصله، ويعتبر موصى له، ويكون حكمه كحكمه إذا حدث بعد الموت وقبل القبول، لا فرق في ذلك بين نماء متصل ونماء منفصل.

ومما فرع على هذا ما جاء في المبسوط من باب زيادة الموصى به: إذا كان لرجل بقرة تساوي تسعين جنيهًا ليس له غيرها، فأوصى بها لشخص آخر، ثم توفي، ولم يجز الورثة الوصية عند وفاته، وقبل الموصى له الوصية، ثم باعها الورثة لآخر ولم يجز

الموصى له هذا البيع، فإن بيعها ينفذ في ثلثيها وهو مقدار ما يملكه الورثة، ويبطل في الثلث وهو مقدار ما يملكه الموصى له بالوصية، فإذا ولدت عند المشتري بعد ذلك ولدا يساوي تسعة جنيهات فإن المشتري يكون له من هذا الولد ثلثاه، وهو ما قيمته ستة جنيهات، لأنه نماء ملكه. أما ثلث الولد الباقي فهو نماء للموصى به حدث بعد القبول وقبل التسليم للموصى له، فيعتبر موصى به مع أصله. وإذن تكون قيمة الموصى به عند ذلك ثلاثة وثلاثين جنيهًا، وقيمة التركة ثلاثة وثلاثين جنيهًا مضافًا إليها ستون جنيهًا «قيمة ثلثي البقرة عند بيعها» لأنه الوقت المعتبر بالنسبة للثلثين، إذ هو وقت استهلاكهما بتمليكهما للغير، فجملة التركة حينئذ ثلاثة وتسعون جنيهًا، ثلث ذلك واحد وثلاثون جنيهًا، تنفذ فيه الوصية، وعليه يكون للموصى له عند أبي حنيفة ثلث البقرة وثلث ثلث الولد أي تسعة، وقيمة ذلك واحد وثلاثون جنيهًا، وتسعاه للورثة، وقيمة ذلك جنيهان، أما ثلثاه فهما للمشتري كما تقدم. وعند الصاحبين يكون للموصى له ثلث التركة كما تقدم ومقداره واحد وثلاثون سهما ينقسم إليها كل من البقرة وثلث ولدها[1].

نفقة الأعيان الموصى بها:

من القواعد المقررة أن الملك من أسباب وجوب النفقة؛ ولذا كانت نفقات المال الموصى به واجبة على مالكه. فإذا كان الموصى به حيوانا فاحتاج إلى الإنفاق عليه في طعامه أو في حراسته أو القيام عليه، أو احتاج إلى حظيرة تؤجر له ليستقر فيها، فكل ما يحتاج إليه من ذلك في حال حياة الموصي يجب في ماله، لأنه المالك لهذا الحيوان في هذه الحال، وما يحتاج إليه من ذلك بعد قبول الموصى له الوصية به يجب في مال الموصى له، لأنه المالك له كذلك في هذه الحال، لا خلاف في هذا بين الأئمة. ولكن الخلاف بينهم فيما يحتاج إليه من ذلك في الفترة بين وفاة الموصي وقبول الموصى له، فمن ذهب منهم إلى أن الموصى له يتملك من وقت الموت قال إن جميع ذلك يجب على الموصى له لأنه المالك، ومن ذهب إلى أنه لا يتملك إلا من وقت القبول قال إن جميع ذلك يجب على الوارث لأنه المالك في ذلك الوقت. وعليه إذا أرجأ الموصى له القبول مدة فإن هذه النفقة تجب

(١) راجع المبسوط جـ ٢٩، ص ١٤.

ابتداء في التركة، فإذا قبل الموصى له لزمه أداؤها من ماله على القول بأنه يملك بقبوله من وقت الموت، وإذا رد كانت على الورثة، لأنه قد ظهر برده أن الملك كان للورثة من وقت الموت. وذهب الشافعية إلى أن الموصى له يطالب في هذه الحال بالإنفاق حتى يدعوه ذلك إلى التعجيل بإظهار رغبته في القبول أو الرد، فإن لم يظهر رغبته مع ذلك خيره القاضي بينهما، فإن أبى بعد التخيير اعتبر إباؤه ردًّا وحكم عليه ببطلان الوصية[1].

وهذا إذا كان الموصى به عينًا من الأعيان، فأما إذا كانت الوصية بمنفعة عين كأن يوصي إنسان لآخر بركوب دابة معينة مدة شهر أو يوصي له بسكنى دار مدة حياته، فإن الإنفاق على العين الموصى بمنفعتها في مدة الانتفاع لا تكون على المالك بل على المنتفع عند الحنفية[2]، لأن الغرم بالغنم وقد استحق الموصى له منافع العين بالمجان فيلزمه لذلك الإنفاق عليها مدة انتفاعه، كالمستعير يلزمه أن ينفق على العارية مدة انتفاعه. ولذا إذا تعذر انتفاعه بالعين لسبب من الأسباب في المدة المعينة لذلك انتقلت نفقتها إلى مالكها فألزم بها، وهذا بخلاف العين المستأجرة فإن نفقتها تجب في مدة الإجارة على مالكها لا على المنتفع بها، لأنه لا ينتفع بالمجان، وإنما يدفع بدل انتفاعه إلى المالك، فكانت منفعة العين في الواقع للمالك وكان عليه الإنفاق. وعلى هذا فطعام الدابة الموصى بركوبها مدة حياة الموصى له وكذلك عمارة الدار الموصى بسكناها يكون على الموصى له مدة انتفاعه مع ملاحظة أن ما يحدثه الموصى له في الدار من مبانٍ يكون ملكا له لأنها من ماله.

وذهب الشافعي[3] إلى أن الإنفاق على العين الموصى بمنفعتها في مدة الانتفاع بها على مالكها أيضًا تمشيًّا مع الأصل السابق الذي بيَّناه ابتداء. وذلك ليس محلا للخلاف عندهم إذا ما كانت الوصية مؤقتة، فأما إذا كانت مؤبدة ففي وجوب النفقة حينئذ قولان: قول بوجوبها على المنتفع، إذ في وجوبها على مالك العين ضرر لعدم

(١) راجع نهاية المحتاج جـ٦ ص٦٧ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٤٢٤ وأدب الأوصياء ص ٣٣٦ والشرح الكبير لابن قدامة جـ٦ ص ٥١٦.

(٢) راجع المبسوط جـ٢٧ ص ١٨٦.

(٣) راجع نهاية المحتاج جـ٦ ص ٨٦ وما بعدها.

انتفاعه بها فيها بعد لمكان التأبيد، والضرر يجب أن يرفع. وقول آخر بوجوبها كذلك على المالك وهو أصح القولين عندهم، وإنها وجبت عليه لتمكنه من دفع الضرر عن نفسه، وذلك ببيع العين لمالك المنفعة في هذه الحال، فإذا لم يبعها فقد رضي بما تستتبعه ملكيتها من نفقات. ولكن ما الحكم إذا ما رفض مالك المنفعة شراءها؟ أيقال حينئذ أنه متمكن من دفع الضرر عن نفسه؟

أما الحنابلة فلهم في هذه المسألة قولان: قول بوجوبها على مالك المنفعة كمذهب الحنفية، وهو قول الاصطخري من الشافعية واقتصر عليه صاحب كشاف القناع، وقول آخر بوجوبها على مالك الرقبة، وقد نقله الشريف أبو جعفر عن أحمد وبه قال أبو ثور[1].

الشفعة:

يثبت للشريك عند تمام البيع حق أخذ العقار المبيع بالشفعة اتفاقًا كما يثبت كذلك للجار عند الحنفية، فإذا كان لزيد نصف دار شائعًا فيها ولبكر باقيها، فأوصى زيد لخالد بحصته، ثم توفي عن تركة تخرج من ثلثها هذه الحصة، فباع بكر حصته في الدار لآخر قبل أن يقبل خالد الوصية، فطلبها خالد بالشفعة، فإن إجابته إلى ما طلب محل للبحث والنظر. فمن يرى من العلماء أن الموصى له لا يتملك ما أوصى له به إلا حين قبوله لا يجعل له الحق في شفعتها؛ لأن الشفعة لا تكون إلا لشريك أو جار، وليس بأحدهما؛ لأنه ليس بمالك حال البيع، فإن البيع قد تم قبل قبوله، وليس له عقار للمبيع، وإنما تكون الشفعة في هذه الحال لورثة زيد لأنهم المالكون، إذ الملك لهم عقب الوفاة بالوراثة. وفي كشاف القناع، من كتب الحنابلة: لو بيع شقص «حصة» في عقار مشترك بين الورثة وبين الموصى له «على تقدير أنه سيقبل الوصية» وكان البيع قبل قبوله الوصية وبعد الوفاة، ثم قبل، لا شفعة له، لأنه لم يكن شريكا مالكا حال البيع، وتختص الورثة بالشفعة عند ذلك لاختصاصهم بالملك أ هـ وهذا مبني على أن ملك الموصى له لا يثبت إلا من وقت القبول وهو أصح الأقوال عند الحنابلة[2].

---

(١) راجع الشرح الكبير لابن قدامة جـ٦ ص٥١٦ وكشاف القناع جـ٢ ص ٥٢١.
(٢) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٥٠٤.

ومن يرى من العلماء أن الملك يثبت للموصى له من وقت الموت إذا ما قبل الوصية، وأنه بالقبول يتبين أن الملك قد ثبت منذ الوفاة يجعل لخالد حق الشفعة، إذ يتبين من طلبه الأخذ بالشفعة أنه قبل الوصية قبل ذلك بطريق الاقتضاء، وأن الملك قد ثبت له من وقت الوفاة، وأنه كان شريكا عند البيع، ومن هؤلاء الحنفية، وذلك ما يظهر لي أنه رأيهم، قياسًا على مشتر لحصة من دار اشتراها بشرط الخيار من أحد الشركاء، فإن الحصة لا تدخل في ملكه عند أبي حنيفة ما دام له الخيار، ومع ذلك فقد ذهب إلى أنه إذا بيعت الحصة الأخرى من تلك الدار قبل إبطال هذا الخيار فإن لمشتري الحصة الأولى الحق في أخذ الحصة الثانية بالشفعة، فإذا طلب أخذها فقد أبطل خياره بذلك الطلب وأعطيت له الحصة المطلوبة وكملت له الدار، وعلل ذلك بأن ملكه يستند إلى وقت شرائه، فيكون شريكا عند حصول البيع. ولا شك أن شأن الموصى له في حالتنا شأن المشتري شرط لنفسه الخيار، فكل منهما يستند ملكه إلى تاريخ سابق على البيع، وقد صار التمليك باتا بالنسبة إلى ملك كل منهما، وصار إليهما أمر إقرار هذا الملك وثبوته من وقت الوفاة أو من وقت العقد[1].

هذا وليس ببعيد أن تجد من أصحاب هذا الرأي من يرى أن ليس لخالد حق طلب الشفعة في هذه الحال؛ لأن ثبوت الملك لخالد من وقت الوفاة مشروط بقبوله، وعند حصول البيع لم يكن هذا الشرط محققًا، والمشروط لا يتحقق قبل تحقق شرطه، وإذن يكون الملك وقت البيع معدومًا لانعدام شرطه، فلا يكون خالد وقت البيع شريكا، وإذا لم يكن شريكا لم يكن له حق الشفعة، ذلك ما يظهر لي ولم أجد فيه نصًا.

بناء الورثة في الأرض الموصى بها:

وإذا بنى الورثة في الأرض الموصى بها بعد وفاة الموصي - مورثهم - وقبل قبول الموصى له كان بناؤهم فيها كبناء المشتري في العقار المشفوع عند من يرى أن الملك في هذه الحال لهم، وعلى ذلك يعاملون على اعتبار أنهم غير معتدين ببنائهم، لأنهم إنما

(١) راجع المبسوط جـ١٤ ص ١٤٣ ويلاحظ أن المشتري بشرط الخيار يعتبر مالكا عند الصاحبين مع بقاء الخيار وعلى ذلك فلا يكون محلا للقياس عليه عندهما.

أقاموه في أرض مملوكة لهم[1]. أما عند من يرى أن لا ملك لهم في هذه الحال كالحنفية فإن بناءهم فيها كبناء الغاصب في أرض اغتصبها، فيكونون معتدين ببنائهم فيها، لاعتدائهم على حق الموصى له حينئذ بهذا البناء. وعلى هذا الأساس يمكن تعرف الحكم فيما إذا قام الورثة بزرعها لأنفسهم بعد الوفاة وقبل القبول.

قسمة التركة قبل تنفيذ الوصية:

علمنا مما تقدم أن الموصى له بقبوله الوصية قد يصير شريكا للورثة فيشاركهم في جميع ما يتركه المورث إذا أوصى له بسهم شائع فيه كالسدس والربع، ويشاركهم في بعضه فقط إذا أوصى له بسهم شائع في عين معينة مما تركه المورث كربع هذه الأرض. وقد لا يصير شريكا وعندئذ إما أن يتملك عينًا معينة مفرزة أوصى له بها - كأن يوصي له بهذه الأرض - وإما أن يكون له حق متعلق بثلث التركة على وجه الشيوع والبدل أو متعلق بعين معينة - كأن يوصي له بألف جنيه أو بألف جنيه من ثمن هذه الدار. أو بسكنى هذه الدار، فإذا ما تملك بقبوله الوصية عينًا مفرزة لا نحتاج في تنفيذ الوصية إلى القسمة، لعدم الاشتراك والشيوع في التركة، وليس إلا أن نُسلم العين الموصى بها إلى الموصى له، وفي هذه الحال يكون باقي التركة ملكا مشتركا بين الورثة لا حق للموصى له فيها، فلهم أن يتقاسموه قبل تسليم العين الموصى بها وبعده، دون أن يكون للموصى له حق الاعتراض في ذلك.

وعندما يكون الموصى له شريكا للورثة في عين معينة من التركة فقط يجوز للورثة أن يتقاسموا من التركة ما ليس للموصى له شركة فيه وهو ما عدا العين، سواء أقسموه بينهم قبل تنفيذ الوصية أم بعدها، أما العين المشتركة بينهم وبين الموصى له فحكمها حكم التركة المشتركة الآتي بيانه، فإذا أوصى إنسان لآخر بثلث هذه الأرض ثم توفي فقبل الموصى له الوصية كان للورثة أن يقسموا ما عدا الأرض بينهم في أي وقت شاءوا، أما قسمة الأرض فتكون بينهم وبين الموصى له كما يأتي في حكم التركة المشتركة.

---

(١) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٥٠٤.

وعندما يكون الموصى له شريكا في التركة كلها فإن شأنه معهم شأن أي وارث في التركة، لأنه شريك مثلهم، ولا يضيره أن يكون سبب ملكه الوصية وسبب ملكهم الميراث، وكذلك يكون شأنه إذا كان شريكا في عين معينة بالنظر إليها، وعلى ذلك يجب أن تراعى جميع أحكام القسمة العامة التي تلزم مراعاتها في قسمة المال المشترك بين الشركاء فيه إذا كانوا جميعًا حاضرين راضين، أو حاضرين مختلفين في إجراء القسمة، أو كان بعضهم حاضرا والآخر غائبًا، ولسنا هنا بصدد بيان هذه الأحكام، ولكن الذي يعنينا هنا أن نلفت النظر إلى أن الموصى له يجب أن يكون ممثلا في القسمة عند إجرائها ككل شريك آخر في المال المقسوم، وعلى ذلك فليس للورثة أن يقسموا التركة أو العين المشتركة بغير حضور الموصى له أو نائبه، وإذا ما فعلوا ذلك لم ينفذ على الموصى له إلا بإجازته ورضاه. أما قبل الإجازة فالقسمة موقوفة لا أثر لها، حتى إذا هلك نصيب من الأنصباء - بعد إجرائها - وكان هلاكه لا يستوجب تضمينًا هلك على جميع الشركاء - ورثة وموصى له - ولا يهلك على من خصّ به من الورثة، وكأنه قد هلك ولا قسمة. ويجب أن يراعى في ذلك ما قدمنا بيانه من الأحكام التي تختص بهلاك بعض التركة قبل قسمتها وتنفيذ الوصية وتأثير ذلك في الموصى به، وعدم تأثيره مما لا حاجة إلى تكراره[1] وينبني على ذلك أن الورثة إذا لم يكونوا على علم بالوصية مثلا فاقتسموا التركة بينهم ثم ظهر بعد ذلك موصى له بربع التركة أو بسدسها فإن كان في التركة أعيان قيمية كالعقار نقضت القسمة وأعيدت قسمتها بين جميع الشركاء فيها «ورثة وموصى بها» اتفاقا، وإذا كان أحد الورثة قد تصرف في صحته بالبيع أو بالهبة فإنه قد تصرف فيما يملك وفيما لا يملك فلا ينفذ تصرفه جميعه ووجب استرداد المبيع أو الموهوب لإجراء القسمة. وما يهلك من نصيبه بفعله يكون ضامنًا له وما يهلك بآفة سماوية يهلك على الجميع كما قدمنا. وعلى ذلك ليس للموصى له أن يأخذ ما أوصى له به كله وهو ربع التركة كلها أو سدسها مما بقى من أعيان التركة كما يحق ذلك للدائن بل حكمه في ذلك حكم أي وارث بالنسبة لنصيبه فيأخذ ما يخرج له بالقسمة[2] على اعتبار أن له ربع الباقي أو سدسه.

---

(١) تراجع صفحات ٩٨ وما بعدها.

(٢) راجع المبسوط جـ١٥ ص ٣٤، ٣٥، ٦٠ وفي البدائع جـ٧ ص ٣١ أن القسمة إنما تنقض إذا تمت بين الورثة بالتراضي، أما إن تمت بقضاء القاضي وقد احتفظ للموصى له بحصته فإنها لا تنقض، وفي=

وإن كانت التركة كلها من النقود أو من المثليات. ومثلها العرض عند جمهرة المالكية، فاقتسمتها الورثة وهم لا يعلمون بالوصية ثم ظهر موصى له بالثلث مثلا فإنه يرجع على كل وارث بما يخصه من الثلث، فإن كان الورثة ابنًا وبنتًا رجع على الابن بثلثي الثلث أي بتسعي التركة وعلى البنت بثلثه أي بتسع التركة، إذ لا معنى لاسترداد المثليات جميعها وقسمتها من جديد لعدم اختلاف القسمة فيها ويُسْرِ الرجوع على كل وارث بما يخصه. وذلك هو عين ما يؤدي إليه نقض القسمة وتنفيذ الوصية من ذلك ثم قسمة الباقي. وكذلك الحكم عند المالكية إذا كانت من العرض وتيسر للموصى له أن يتبع كل وارث بما يخصه من وصيته، أما إذا لم يتيسر فتنقض القسمة كما هو رأي غيرهم من الحنفية والشافعية والحنابلة عندما تكون التركة من العرض.

وإذا وجد عند ظهور الموصى له أن بعض الورثة قد استهلكوا ما تسلموه من التركة فقد استهلكوا مالا مشتركا بينهم جميعًا وبين الموصى له، فيضمنون قيمة ما لغيرهم منه وعلى ذلك ليس للموصى له أن يرجع بكل حصته على من لم يستهلك، كما لا يكون له أن يتبع الموسر بحصة من أعسر، لأنه شريك مماثل للورثة لا يتقدمهم في الاستحقاق، بخلاف الدائن فإنه يرجع على المليء بحصة المعدم وعلى الحاضر بحصة الغائب لأن حقه مقدم[1] نص على ذلك المالكية وهو لا يختلف مع ما تقضي به قواعد الحنفية[2].

=الفتاوى الهندية أن ذلك هو الأصح وإليه أشار محمد، ونقل عن المحيط أن بعضهم يرى أنها تنقض في الحالين الهندية جـ٥ ص ٢٢٢.

(١) راجع الحطاب والمواق جـ٥ ص ٣٥٠ وما بعدها من الصفحات.

(٢) وهذا كما هو مبين إذا كان هلاك بعض الأنصباء بفعل يستوجب الضمان فأما إذا هلك بآفة سماوية فعند ذلك يختلف الحكم بين المالكية والحنفية فالمالكية يعتمدون القسمة لأن المقسوم مثلي وذلك يقتضي دخول كل نصيب في ضمان من جعل له فإذا هلك هلك عليه حكمه في ذلك حكم المستهلك، والحنفية لا يفرقون بين المثلي والقيمي في نقض القسمة كما نص على ذلك السرخسي في المبسوط من باب القسمة جـ١٥ ص ٣٤ وما بعدها، وعلى ذلك فتعتبر القسمة حينئذ كأن لم تكن، وعلى هذا يكون الهالك هالكا على التركة لا على من جعل له بمقتضى القسمة، وذلك قد يؤثر على مقدار الموصى به، والفرق بين هلاكه على حساب التركة وهلاكه على حساب من جعل له واضح بيِّن، ففي الحالة الأولى يكون على جميع الورثة دون الحالة الثانية.

وعندما يكون للموصى له حق متعلق بثلث التركة أو بعين معينة وليس بمنفعة فلا يكون للورثة أن يقتسموا التركة كلها في الحال الأولى أو العين المتعلق بها الحق في الحال الثانية إلا إذا نفذوا الوصية من مالهم أو انتهى حق الموصى له بسبب من الأسباب، فالحكم في ذلك كالحكم في التركة المدينة بدين غير مستغرق(١) وقد بيّناه في قسم التركة قبل أداء الدين. فإذا اقتسموا التركة ولم يستبقوا منها ما تنفذ فيه الوصية أو اقتسموا العين بينهم وحق الموصى له قائم كانت قسمتهم هذه موقوفة على تنفيذ الوصية أو تنازل الموصى له عنها(٢) فإذا أعطى له المال الموصى به سواء أكان ذلك من جهة الورثة أم من جهة أجنبي متبرع به، أو تنازل الموصى له عنه، نفذت القسمة كما في الدين، وإن لم يكن شيء من ذلك كان له نقضها، أما إذا استبقوا من التركة ما يسع الوصية وتنفذ به واقتسموا ما عداه فإن القسمة تنفذ في هذه الحال، لوجود ما تنفذ فيه الوصية كما في الدين. هذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية(٣).

---

(١) راجع المبسوط جـ ١٥ ص ٣٤.

(٢) تنازل الموصى له عن حق الموصى به له صحيح لأنه كالدين والتنازل عن الدين صحيح ولكن إذا أجاز الموصى له القسمة قبل إيفائه حقه لم يكن ذلك تنازلا عن حقه ويبقى حقه قائما واجب الوفاء بعد هذه الإجازة ولذا تكون باطلة ولا تنفذ بها القسمة راجع المبسوط جـ ١٥ ص ٦٠، ٦١، ٦٢ والخانية جـ ٣ ص ١٥٢ تجد أن إجازة الدائن لقسمة التركة بين الورثة قبل سداد دينه إجازة باطلة وجودها كعدمها فله أن ينقض القسمة بعدها لاستيفاء دينه، والوصية بمال مرسل في حكم الدين كما ذكرت لك.

(٣) ويرى الحنفية أن ما يتسلمه في هذه الحال كل وارث بمقتضى القسمة يصير مضمونا عليه حتى يوفى الموصى له حقه، فإذا هلك أو استهلك أو تصرف فيه صاحبه كان ضامنا لقيمته لتنفذ فيها الوصية عند ضياع ما استبقى لها من التركة راجع المبسوط جـ ١٥ ص ٣٤ والخانية جـ ٣ ص ١٥٢ ففيها إذا هلك ما عزل للوصية ردت القسمة إلا أن يقضي الورثة الدين من مالهم ومقتضى قولهم أن القسمة نافذة في هذه الحال أن يتملك كل وارث ما خص به من حصة معينة بناء على هذه القسمة دون أن يكون له فيها شريك، ويتبع ذلك أنه إذا تصرف فيها نفذ تصرفه سواء أكان تصرفه معاوضة كالبيع أم تبرعا كالهبة لأنه إنما تصرف في ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره حتى يحول ذلك دون تبرعه، ولكن ذلك التصرف لا يعفيه من الضمان إذا ما هلك المال المخصص للوصية وأراد الموصى له نقض القسمة والرجوع على الورثة بما له من حق بالوصية، فيلزم الوارث في النهاية بقدر ما يخصه من هذا الحق إذا ما طولب به هو وغيره. ذلك ما يظهر لي من كلامهم.

وخالف في هذا الحنابلة فجعلوا للورثة حق قسمة التركة قبل تنفيذ الوصية حتى إذا قسموها بينهم - وهم على علم بالوصية أو لا علم لهم بها - ثم ظهر موصى له بمبلغ فالقسمة صحيحة نافذة، وليس للموصى له نقضها إلا إذا امتنعوا عن أداء المبلغ الموصى به إلى الموصى له[1].

أما المالكية فلهم في ذلك آراء عديدة فمنهم من ذهب فيه مذهب الحنفية والشافعية وهو ما ذكرناه، ومنهم من ذهب إلى وجوب نقضها مطلقا لحق الله تعالى وإن قام الورثة بأداء المبلغ الموصى به وهذا بعيد عن الصواب، وقد أشرنا إليه في قسمة التركة المدينة، ومنهم من ذهب إلى أنها لا تنقض إلا إذا كان في التركة أموال قيمية، أما إذا كانت أموالا مثلية قائمة في أيدي الورثة فعلى الموصى له أن يرجع على كل وارث بما يخصه من المبلغ الموصى له به بحسب نصيبه في الميراث، وقد نص بعض المالكية على ضعف هذا الرأي كما في الشرح الكبير للدردير، وعلى هذا فالمعتمد عندهم أن للموصى له نقضها مطلقًا إذا لم يؤد إليه المبلغ الموصى به، على أنه يجوز لكل وارث أن يستخلص نصيبه في القسمة بأداء ما يخصه من المبلغ الموصى به بحسب ميراثه. ذهب إلى ذلك المالكية[2] والشافعية والحنابلة كرأيهم في الدين، خلافًا للحنفية إذ لا تنفذ القسمة بالنسبة لهم جميعًا إلا بأداء جميع المبلغ الموصى به، لأن كل جزء منه متعلق بكل التركة كتعلق الدين غير المستغرق، ولا ينقسم على الحصص بقسمة التركة[3].

وبناء على ما تقدم إذا اقتسم الورثة التركة ثم ظهر موصى له بمبلغ يخرج من الثلث فلم يؤد إليه أحد من الورثة المبلغ ولا ما يخصه منه على ما بيّنا كان له نقض القسمة اتفاقًا وطلب تنفيذ الوصية في أي عين من التركة، لأن الوصية متعلقة بجميع

(١) راجع كشاف القناع جـ٤ ص ٢٢٧.

(٢) ويشترط المالكية لذلك رضا بقية الورثة ومرجع ذلك الشرط أن القسمة قد نقضت فصار لباقي الورثة حق فيما يريد أحدهم أن يستخلصه بدفع ما يخصه راجع البهجة جـ٢ ص ١٣٥.

(٣) راجع نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٩٦ وأسنى المطالب جـ٢ ص ١٦٤ والمهذب جـ٢ ص ٣٢٧ والحطاب والمواق جـ٥ ص ٣٥٠ ومنح الجليل جـ٣ ص ٦٥٥ والشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه جـ٣ ص ٥١٥ وكشاف القناع جـ٤ ص ٢٢٧ والمبسوط جـ١٥ ص ٦٠ والبدائع جـ٧ ص ٣٠ والفتاوى الهندية جـ٥ ص ٢٢١، ٢٢٢.

الأعيان على ما قدمناه وتعلقها بماليته كتعلق الدين[1] فإذا ما اختار عينًا منها كان للورثة أن يعارضوا في اختيار تلك العين إذا ما اتفقوا على أن تنفذ الوصية في عين أخرى من أعيان التركة، يتيسر بيعها، وذلك لما لهم من الحق في صورة التركة وماليتها، واتفاقهم على التنفيذ في عين معينة ضرب من الاستخلاص فلهم الحق فيه[2]. وإذا كان للموصى له الحق في طلب التنفيذ على أي عين من التركة فله كذلك طلب التنفيذ في حصة من الحصص التي أخرجتها القسمة واختص بها وارث على مقتضاها[3] وذلك على اعتبار أنها جزء من التركة وأن ما تم من قسمة واختصاص لا نفاذ له، وإذن فليس لمن جعلت له هذه الحصة أن يعترض إلا أن يخلصها بدفع ما يخصه على ما ارتآه الحنفية. وكذلك يكون له بناء على هذا الاعتبار أن يطلب في كل حصة التنفيذ بجزء من المبلغ الموصى به، لأنه إذا جاز له طلب الكل من كل حصة فله طلب البعض من كل حصة[4].

وإذا استهلك بعض الورثة ما خصه من التركة قبل ظهور الموصى له ثم ظهر بعد ذلك نقض القسمة كان الوارث المستهلك ضامنا لقيمة ما استهلكه، إذ قد ظهر أنه قد استهلك بعض التركة قبل قسمتها، وإذن يكون للموصى له أن ينفذ على ما بقي من أعيان التركة، ثم يضم ما يبقى منها بعد ذلك إلى قيمة المستهلك ويقسم على الورثة، مع احتساب حصة الوارث «المستهلك» من قيمة ما استهلكه من التركة، وإلزامه بأداء الباقي إن كان باق إلى سائر الورثة، وذلك مع ملاحظة ما قدمناه من أن ذلك الباقي يعتبر عند غير الحنابلة مالا غائبًا من التركة، فيكون له أثره في نقص ما يسلم إلى الموصى له من الوصية إن لم تخرج من ثلث المال الحاضر على ما بيّناه سابقا، فلا يسلم إليه إلا ما يسعه ثلث المال الحاضر مع اعتبار حصة الوارث المستهلك من المال الحاضر دون ما يزيد عنها من قيمة ما استهلكه، وذلك خلافا للحنابلة إذ يسلمون للموصى له جميع ما أوصى له به من المال الحاضر لأن العبرة عندهم بحضور

(١) راجع الفتاوى الهندية جـ٥ ص ١٢١.
(٢) يؤخذ ذلك من الفتاوى الخانية من باب الوصايا جـ٣ ص ٥٢٠ وما بعدها.
(٣) راجع الأنقروية جـ٢ ص ٣٧٤.
(٤) راجع البزازية جـ٦ ص ٤٥٢.

المال وقت الوفاة. فإذا استهلكه الورثة بعد الوفاة ولو قبل القسمة لم يؤثر ذلك في حق الموصى له فيتسلمه كاملا مما بقى من أعيان التركة.

وإذا هلك بعض المال في أيدي الورثة بعد قسمة التركة كلها بينهم دون الموصى له» بسبب لا يستوجب ضمانا فإن هلاكه حينئذ يكون على التركة كلها عند غير الحنابلة، وذهب الحنابلة إلى أنه يهلك على من هلك في يده من الورثة لدخوله في ضمانه بتسلمه بعد قسمة صحيحة نافذة. وعلى ذلك فالتركة عند غير الحنابلة ما بقى بعد الهلاك، لأن الهلاك حصل بعد قسمة لا نفاذ لها فلا أثر لها وكأن الموصي لم يترك إلا ذلك الباقي، وإذن لا يكون للموصى له إلا ما يسعه ثلث الباقي من التركة بعد الهلاك ويكون له طلب التنفيذ على أي عين كما تقدم، وعند الحنابلة يكون للموصى له جميع ما أوصى له ولو استغرق جميع الباقي، لأن ما يهلك من التركة بعد القسمة يهلك على صاحبه، وما يبقى من التركة يتعلق به حق الموصى له، وعلى الورثة أداؤه تخليصًا لأموالهم التي ورثوها، فإذا خلصوها بأدائه نفذت القسمة، وإذا امتنعوا نقضت القسمة ونفذت الوصية به، ثم تراجع الورثة بعضهم على بعض بسبب ذلك حتى تتم التسوية بينهم على حسب أنصبائهم، ولا يمس ذلك حق الموصى له ما دام يسعه ثلث التركة عند الوفاة.

والنتيجة أن قسمة التركة قبل تنفيذ الوصية إذا كانت بسهم شائع فيها بدون حضور الموصى له ورضاه موقوفة اتفاقا إذا ما احتفظ فيها الورثة بنصيب الموصى له، لأن نفاذ القسمة متوقف على إجرائها برضا جميع الشركاء لمكان المبادلة فيها. وإذا لم يحتفظوا بشيء للموصى له كانت باطلة لتضمنها اقتسام مال مملوك لغيرهم وهو الموصى له.

وإذا كانت الوصية بمبلغ من المال فقسمتها بين الورثة بدون تنفيذ الوصية صحيحة نافذة عند الحنابلة لأنهم المالكون لها وليس لهم فيها شريك، وتعلق حق الموصى له بها لا يمنع الورثة من قسمتها ولا من التصرف فيها، وهو مضمون بسبب تعلقه بها، فلا ضرر على الموصى له.

وعند غيرهم من الحنفية والشافعية والمالكية صحيحة موقوفة على تنفيذ الوصية أو تنازل الموصى له عنها وليس بين الرأيين في الواقع بالنسبة إلى الموصى له فرق عملي ما دام للموصى له عند الحنابلة حق نقضها إذا لم يوف بالمبلغ، إنما الفرق يظهر بالنسبة للورثة إذا هلك عند أحدهم نصيبه بعد القسمة، فإنه يهلك عليه عند الحنابلة لنفاذها ويعتبر عند غيرهم مالا من التركة أصابه التلف لعدم نفاذها فإن كان نتيجة لسبب يستوجب الضمان ضمن وإلا لم يضمن.

وفي رأيي أن مذهب الحنابلة أقرب إلى تحقيق المصلحة وتجنب النزاع بين الورثة في تحقيق سبب الهلاك وأنه يستوجب ضمانا أو لا يستوجب.

وأما إذا كانت الوصية بمنفعة عين معينة كأرض حددها الموصى فأوصى بزراعتها أو بالانتفاع بها لإنسان فإما أن ينفذ ذلك في جميع الأرض لخروجها من ثلث التركة وإما أن ينفذ في بعضها فقط لعدم خروجها منه أو لأن الموصى لم يوص إلا بمنفعة حصة شائعة منها. وعلى أية حال فالمطلوب معرفته هو قبول مثل هذه الأرض للقسمة بين الورثة قبل انتهاء حق «الموصى له بمنفعتها» على ألا يؤثر ذلك في حقه فتبقى في يده حتى ينتهي انتفاعه منها، أو عدم قبولها لذلك ما دام حقه قائما فإذا انتهى أمكن حينئذ قسمتها بينهم.

لم أجد في ذلك نصا صريحا لغير الحنفية من المالكية والشافعية والحنابلة، ولكن الذي يظهر لي أن قواعدهم لا تأبى على الجملة جواز قسمة مثل هذه الأرض. فإذا كانت الوصية بالمنفعة نافذة في حصة منها فقط كثلثها أو نصفها كان للورثة أن يقتسموا الأرض مع الموصى له قسمة يتعين بها محل تنفيذ الوصية فيختص الموصى له بمنفعة ثلث أو نصف معين من الأرض، ثم يقتسموا بينهم ما عداه من الأرض على حسب مواريثهم، فيكون لكل وارث أن يتصرف فيما خصه من هذه القسمة، ويبقى محل تنفيذ الوصية على الشركة بينهم يتقاسمونه بعد انتهاء حق الموصى له فيه، وقد روى جواز هذا أيضا عن أبي يوسف - رحمه الله تعالى -، والحجة في ذلك أن حق الموصى له مقتصر على منفعة الثلث أو النصف من هذه الأرض فلا يتعدى أثره ما سوى ذلك من بقية الأرض.

وإذن يبقى حافظا للورثة يتقاسمونه بينهم، ثم يتصرف كل في نصيبه بلا مانع يمنعه من ذلك. وقد ذكرنا آنفا أنه إذا أوصى لشخص بثلث أرض كان للورثة أن يتقاسموا ثلثيها ولا يمنعهم من ذلك ثبوت حق الموصى له في رقبة الثلث، وعليه فلا ينبغي أن يمنعهم من القسمة ثبوت حقه في منفعة الثلث من طريق أولى.

أما قسمة ما خصص لتنفيذ الوصية من العين بينهم - ومثلها قسمة العين كلها إذا كانت الوصية بمنفعتها جميعا - فالنظر فيها يختلف باختلاف الحال فإن قسم بين جميع الورثة قسمة تفريق على حسب سهامهم فجعل لكل وارث جزء معين يتسلمه بعد انتهاء حق الموصى له لم أر في ذلك مانعا يمنع من جوازه عند المالكية والشافعية والحنابلة؛ ذلك لأنهم يجوزون بيع الأعيان مع استثناء منافعها مدة من الزمن فيكون للمشتري رقبة العين دون منفعتها إلى أمد معين، حتى إذا حل كان له العين والمنفعة جميعا، وإذا أجازوا البيع على هذا الوضع فأولى أن يجوزوا قسمة عين سلبت منفعتها بسبب الوصية بها لأجنبي لأن القسمة دون البيع وفي معناه وتستقي منه أحكامها. وإن اقتضت القسمة جعله في حصة بعض الورثة دون بعض وكانت الوصية بمنفعته مؤقتة بمدة معينة أو مؤبدة فكذلك الحكم عندهم فيها أرى، إذ يمكن حينئذ تقويم العين بدون منفعتها وإجراء القسمة على هذا الأساس حتى لا يغبن آخذها. أما إذا كانت مقيدة بحياة الموصى له فإن القسمة حينئذ تكون غير ممكنة لعدم إمكان تقويم العين على حالتها هذه وذلك بسبب جهالة الوقت الذي ينتهي فيه حق الموصى له وهو وقت وفاته.

وفي رأيي أن قواعد الحنفية تأبى جواز هذه القسمة للأسباب الآتية:

الأول: ما قدمناه من أنهم يرون العين الموصى بمنفعتها باقية على حكم ملك الموصي إلى أن ينتهي حق الموصى له وذلك لكي تتولد المنافع على حكم ملك الموصي وتنتقل بالوصية إلى ملك الموصى له[1]. وإذا كانت كذلك لم يكن للورثة قسمتها بينهم قبل تنفيذ الوصية وانتهائها، لأن القسمة للإحراز ولا تسلم العين إليهم ما دام حق

(١) راجع المبسوط جـ ٢٧ ص ١٨١.

الموصى له، وإذن لا حق لهم فيها ولا يدلهم عليها حينئذ، فكانت القسمة في ذلك الوقت قبل أوانها وأشبهت لذلك القسمة في حياة المورث فلا تجوز[1]. ألا ترى أن العين الموصى بمنفعتها إذا هلكت أثناء الانتفاع بلا تعد كان هلاكها على الموصي أو بعبارة أخرى على الورثة جميعًا، ولو صحت القسمة ثم هلكت العين كان هلاكها على من اختص بها وذلك إضرار بها والضرر مرفوع.

الثاني: أن في القسمة معنى المعاوضة. واستثناء منافع الأعيان عند المعاوضة عنها مدة معلومة من الزمن غير جائز عند الحنفية فلا يجوز ذلك في القسمة لأنها في معنى البيع ولو صحت قسمة العين الموصى بمنفعتها قبل انتهاء الانتفاع لكانت قسمة استثني فيها منافع الحصص وجعلت للموصى له طيلة المدة المخصصة له.

الثالث: أن الملك في القسمة لا يتم ولا يستقر لكل شريك في حصة معينة مفرزة إلا بالقبض أو ما في معناه، نقل ذلك الحموي على الأشباه والنظائر عن الذخيرة من الباب الرابع من كتاب القسمة[2] والقبض هنا غير ممكن لوجود يد الموصى له على العين، وإذن تكون يد الموصى له مانعة من القسمة.

الرابع: أن القسمة شرعت لتكميل المنفعة وذلك لا يكون إلا حيث يستطيع الشركاء الانتفاع، وانتفاع الشركاء في هذه الحال غير موجود فلا محل للقسمة[3] ولذا لم تصح قسمة الدين قبل استيفائه، فلا تصح كذلك قسمة العين قبل انتهاء حق الموصى له.

وعلى ذلك فإني أستظهر أن الحنفية لا يقولون بجواز قسمة العين الموصى بمنفعتها سواء أقسمت بين الورثة قسمة تفريق أم قسمة جمع، بل الواجب أن ينتظر انتهاء حق الموصى له فتقسم العين بينهم بعد ذلك. وإلى هذا أيضًا ذهب أبو حنيفة

(١) راجع المبسوط جـ ١٥ ص ٥٩.
(٢) راجع الحموي على الأشباه جـ٢ ص ٢٠٨ من الفقرة الثالثة والدر المختار من باب القسمة عند الكلام على القسمة يقوم بها أحد الشريكين في غيبة الشريك الآخر ثم يهلك أحد النصيبين قبل القبض.
(٣) راجع الأنقروية جـ٢ ص ٣٧٣.

- رحمه الله تعالى - في العين الموصى بمنفعة حصة منها كالثلث فلم يجوز قسمتها قسمة يتعين بها محل الوصية كما ذهب إلى ذلك أبو يوسف[1] وحجته في ذلك أن حق الموصى له - في الواقع - ثابت في جميع العين على سبيل البدل، ولذلك إذا أوصى إنسان لآخر بنصف ثمر هذا البستان فاقتسم الموصى له والورثة البستان نصفين فأغل أحد النصفين دون الآخر فإن الورثة والموصى له يتشاركون فيما خرج من الثمر - من أي نصف خرج - ذلك لأن القسمة لتمييز نصيب كل شريك من نصيب الآخر، ولا نصيب للموصى له في رقبة البستان فلم تقع هذه القسمة لتمييز نصيبه فتبطل ويكون الناتج من الثمر مناصفة بين الورثة والموصى له[2] وكذلك لو أوصى إنسان لآخر بسكنى داره ثم توفي وليس له تركة سواها فلا يكون للموصى له حينئذ إذا لم يجز الورثة الوصية إلا سكنى ثلثها على سبيل البدل، ولا تجوز قسمة الدار بينه وبين الورثة أثلاثًا ليتعين محل الوصية خلافا لأبي يوسف، لأن ذلك يحول دون حق الموصى له في مشاركة الورثة في سكنى ما بأيديهم من الدار إذا تخرب ما في يده منها، وذلك من حقه، ومبنى ذلك كله أن القسمة يجب لصحتها أن تلاقي حق الشركاء جميعًا، وهي لا تلاقي إلا العين ولا حق للموصى له في العين، لأن حقه في المنفعة، ولا حق للورثة حالا في العين ما دام حق الموصى له في الانتفاع قائمًا فلا تجوز قسمتها بينهم قبل انتهاء ذلك الحق لهذا السبب[3] هذا ما يظهر لي والله الموفق للصواب.

تصرف الورثة في التركة وفيها الوصية:

تبينت مما ذكرنا أن الموصى له إما شريك في التركة جميعها أو في بعضها، وإما صاحب حق متعلق بثلثها على سبيل البدل أو بعين معينة منها، وإما صاحب منفعة يستوفيها من عين معينة منها، وإما مالك لعين معينة منها.

فإذا كان شريكا للورثة في التركة جميعها أو في بعضها كالموصى له بثلث التركة أو بثلث هذه الأرض من التركة فإن تصرف كل منهم في التركة في الحال الأولى أو في

(١) راجع البدائع جـ٧ ص ٣٥٣.
(٢) راجع المبسوط جـ ٢٨ ص ٤.
(٣) راجع المبسوط جـ ٢٧ ص ١٨٢.

هذه الأرض في الحال الثانية يخضع لجميع الأحكام الخاصة بتصرف الشركاء في المال المشترك بينهم، وأساس هذه القواعد أن ينفذ تصرف كل شريك فيما يخصه من المال المتصرف فيه ولا ينفذ في حصة شريكه منه، بل يعتبر فيه فضوليًا فيكون له أحكام تصرف الفضولي، ومقتضى ذلك أن يكون صحيحًا موقوفًا على إجازة من له الشأن فيه عند الحنفية، وباطلا عند الشافعية، وهكذا إلى ما لتصرف الفضولي من الأحكام، وليس الموضوع موضوع بيانها.

وبناء على ذلك إذا كان للوارث بمقتضى قواعد الميراث نصف التركة مثلا فباع ثمنها على الشيوع أو باع على الشيوع ثمن أرض أوصى بربعها كان تصرفه صحيحًا نافذا وليس للموصي له حق الاعتراض عليه لأنه لا يمس حقه، ولأن المشتري يحل محل الوارث البائع فيما باع فيصبح به شريكا من جملة الشركاء، كما يصح وينفذ تصرف الموصى له بالثلث إذا ما باع السدس وليس للورثة حق الاعتراض لأنه لا يمس حقوقهم.

أما تصرف الورثة فيما ليس للموصى له شركة فيه ولا ملك وهو ما سوى الأرض الموصى بشيء منها فتصرف صحيح نافذ ولو استغرقه، لبعده عن حق الموصى له، كما أن تصرف الموصى له في العين المعينة التي يوصى له بها صحيح نافذ لأنه تصرف فيما يملك بمقتضى الوصية وليس للورثة حق فيه، كتصرفه في دار أوصى لها بها وهي تخرج من الثلث، وليس في ذلك كله محل للخلاف فيما نعلم بين العلماء[1].

وإذا كان الموصى له صاحب حق متعلق بالتركة جميعها أو بعين معينة منها وليس ذلك الحق بمنفعة كالموصى له بألف جنيه أو الموصى له بألف جنيه تدفع إليه من ثمن هذه الدواب بعد بيعها فإن التركة جميعها تنتقل بالوفاة في هذه الحال إلى

(١) راجع الأنقروية جـ٢ ص ٤٠٨ ففيها رجل أوصى بثلث ماله هل يملك الوارث بيع شيء من التركة؟قال إن أوصى بالثلث لشخص معين فإنه لا يملك الوارث التصرف إلا بقدر الثلثين لأنه لما قبل الموصى له صار ثلث ذلك الشيء من التركة ملكا له فلم يملك الوارث التصرف فيما هو ملك الغير. وإن كان أوصى بالثلث للفقراء أو للصدقة فإن الوارث يملك التصرف في التركة لأن له أن يدفع القيمة لأن الغرض منه القربة وقد حصلت بدفع القيمة بخلاف الرجل المعين أ هـ جواهر الفتاوى في الثاني من الوصايا ومثل ذلك أيضًا في الأنقروية جـ٢ ص ٣٧٤ من باب القسمة.

ملك الورثة محملة بحق الموصى له متعلقا بثلثها على سبيل البدل في الصورة الأولى، وبهذه الدواب في الصورة الثانية على أرجح الأقوال عند علماء المذاهب الأربعة. وقد علمت مما مضى أن هذا الحق يتعلق بذلك تعلق الدين غير المستغرق بالتركة وإذن يكون حكم تصرف الورثة في التركة قبل تنفيذ هذه الوصية حكم تصرفهم في التركة المدينة التي لم يحط بها الدين قبل سداد الدين.

ويرى الحنفية أن تصرفهم صحيح نافذ ما دام كل وارث يتصرف في حصته من التركة بحسب الميراث ولم يتجاوزها، فإن تجاوزها كان تصرفه في الزائد على حصته تصرفا في ملك غيره من الورثة فيكون موقوفًا لأنه تصرف فضولي، إذ التركة بالوفاة أصبحت ملكا مشتركا بين الورثة جميعًا فلا ينفذ تصرف أي شريك إلا في حصته من المال المشترك[1]. وإنما أصبحت بالوفاة ملكا مشتركا بين جميع الورثة لما علمت من أن الدين الذي لا يحيط بالتركة لا يمنع الوارث من أن يتملك بمجرد الوفاة على القول الأصح، ومثله حق الموصى له إذا كانت الوصية مرسلة، بخلاف الدين المستغرق فإنه يمنع انتقال التركة إلى ملك الورثة بالوفاة، ولذا كان تصرفهم فيها قبل سداده موقوفًا على إجازة الغرماء، فإذا أجازوه نفذ[2] ولهم عند ذلك الرجوع بدينهم على الورثة في ثمن ما بيع على ما يظهر لي[3].

(١) راجع جامع الفصولين جـ٢ ص ٢٤ من باب الفصل الثامن والعشرين في مسائل التركة فنيه: عليه دين غير مستغرق فللحاضر من الورثة بيع حصته لأداء حصة من الدين لا بيع حصة غيره للدين لأنها ملك الوارث الآخر إذ الدين لم يستغرق أ هـ وقد نقل هذا عن فتاوى رشيد الدين وقد ذكرت لك أن الوصية بمال مرسل كالدين غير المستغرق.

(٢) راجع الدر المختار وحاشية رد المحتار جـ٣ ص ١٥٦ طبعة الحلبي عند الكلام على البيع الموقوف.

(٣) إذا باع الورثة جميع التركة المستغرقة وأجاز الغرماء البيع نفذ بيعهم كما ذكرنا، غير أن هذه الإجازة لا تسقط الدين، وإذن فالدين لا يزال قائما، ومن حق الميت سداده، وحاجته إلى ذلك متحققة، فإذا أريد وفاؤه أو أراد الدائنون بعد ذلك وفاءه فكيف يكون ذلك؟ لا طريق عندي إلا أن ينتقل الضمان إلى الثمن، فيستوفي الغرماء ديونهم من الثمن ولا يرجعون على المشتري لأنهم قد تنازلوا عن حقهم في التعلق بالعين، ولكن يقف في طريقنا أن تصرف الورثة قد يكون تبرعا كالهبة يجيزها الغرماء فماذا يكون الحل؟ أتكون إجازتهم في هذه الحال مانعة لهم من الرجوع على الورثة ولا وفاء لهم حينئذ إلا من مال يظهر أم يرجعون عليهم في قيمة الموهوب؟ يظهر لي أنه لا سبيل إلى الرجوع على الورثة بالدين في قيمة الموهوب لأن معنى ذلك ومقتضاه أنهم بهبتهم أعيان التركة أصبحوا ضامنين لها، وذلك لا يكون إلا إذا اعتبروا في هبتهم متعدين فأعطوا حكم المستهلكين. واعتبارهم متعدين=

وبناء على ما ذكرنا إذا باع الوارث حصته من التركة كالسدس على وجه الشيوع أو أقل منها كالثمن وكان في التركة وصية مرسلة بألف جنيه كان بيعه نافذا[1] ولكن كيف يوفى الموصى له حقه عند ذلك وخاصة إذا فعل ذلك كل الورثة فباعوا كل التركة؟ ذلك هو محل النظر. لقد نص الفقهاء على أن الموصى له إذا استوفى حقه في هذه الحال بطريق من الطرق كأن يوفيه الورثة حقه من أموالهم أو من ثمن ما باعوه أو أن يتركوا له من التركة ما يفي بحقه فيباع ويستوفي حقه من ثمنه أو يتنازل الموصى له عن حقه، إذا حدث شيء من ذلك فالتصرف ماض في سبيله ولو كان تبرعا لأنه تصرف ممن يملك في ملكه وقد استوفى صاحب الحق حقه ولكن ما الحكم إذا لم يكن شيء من ذلك وقد تصرف الورثة في التركة؟

يظهر لي أن بعض الحنفية يرى أن تصرف الوارث في التركة المدينة التي لم يحط بها الدين أو في التركة التي وجبت فيها وصية مرسلة لا ينفذ إلا إذا لم يترتب عليه الإضرار بحق الدائن أو بحق الموصى له، ولذلك فهم يرون أنه إذا لم يحدث شيء مما ذكر وقد تصرف الورثة في التركة فإن تصرفهم يكون نافذا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين أو بالوصية فإن لم يبق منها ما يفي بذلك توقف على إجازته من الدائن أو من الموصى له، فإذا أجيز نفذ وإن لم يجز لم ينفذ. ومقتضى ذلك أن التصرف لا يتوقف إلا

=بالهبة مع وجود إجازة الغرماء ورضاهم بالهبة غير ظاهر، لأن المنع من الهبة لأجلهم ولحقهم، فإذا أجازوا لم يكن في التصرف اعتداء عليه فلا يضمنون وعلى ذلك فليس للغرماء إلا أن ينتظروا بديونهم ظهور مال آخر للمتوفى ليستوفوها منه إن كان له مال آخر، لأنهم بإجازتهم الهبة قد أضاعوا محل استيفائهم لديونهم ورضوا بعدم إيفائها الآن. وربما قال قائل ولماذا لا تكون إجازة الغرماء للتصرف باطلة كما كانت إجازتهم للقسمة باطلة وليست القسمة إلا ضربا من التصرف وجوابنا عن ذلك أن القسمة لا يتعلق بنفاذها حق أحد غير الورثة، ومعها تبقى الأعيان التي هي محل الوفاء، فإذا طلب الغرماء ديونهم بعد القسمة وإجازتها فمحل وفائها موجود، ولا معنى لرفض طلبهم مع وجود محل الوفاء فيجابون إلى ذلك، وهذا يقتضي بطلان القسمة واعتبار الإجازة كأن لم تكن لا فرق بين أن يكون الدين مستغرقًا أو غير مستغرق عند ذلك لما ذكرنا.

(١) في حاشية الرملي على جامع الفصولين جـ٢ ص ٢٣ عند تعليقه على أن الوارث لا ينفذ بيعه تركة مستغرقة، قال: إذا لم تكن التركة مستغرقة ينفذ بيع الوارث في جميعها إذا انحصرت فيه وإلا فبقدر حصته ونقل ذلك عن فتاوى رشيد الدين. ولم يقيد ذلك بعدم الإضرار بحق الدائن ولا تنس أن الوصية المرسلة كالدين.

في القدر الذي يفي بالدين أو بالوصية من التركة مراعاة لحق الدائن والموصى له أما ما عدا ذلك فلا يتوقف فيه.

ويدل على وجود هذا الرأي لبعض الحنفية ما ذكره الفقيه أبو الليث في نوازله ونقله عنه كثير من الفقهاء منهم صاحب المحيط البرهاني وصاحب جامع الفصولين وهو: للوارث أن يأكل من التركة وأن يطأ جارية التركة لو في غير المأكول وغير الجارية من التركة وفاء بالدين ولا وارث سواه[1] ولو باع وارث كبير شيئًا من التركة ليس لوصيها نقضه إن كان في يده شيء غير ذلك يستطيع أن يبيعه وينفذ منه دين المتوفى ووصاياه[2].

فنرى من ذلك أنه قيد تصرف الوارث بالأكل من التركة بأن يكون في غير المأكول وفاء بالدين حتى لا ينال الدائن أو الموصى له ضرر، وكذلك الحال بالنسبة لوطء جارية التركة إذ قد يترتب عليه أن تصبح بسببه أم ولد فلا تباع في الدين، ومقتضى ذلك أنه إذا لم يكن في غيرهما وفاء بالدين أو الوصية لم يجز له ذلك، وكذلك قيد نفاذ تصرف الوارث الكبير ببيع شيء من التركة بأن يكون في غير المبيع وفاء بالدين والوصية، ومنع وصي التركة عند ذلك من نقض البيع، ومقتضاه أنه إذا لم يكن في غير المبيع وفاء بالدين والوصية كان لوصي التركة نقض تصرف الوارث وإبطاله، وذلك آية عدم نفاذه. ووجود مثل هذه الفروع دليل على أن من الحنفية من يشترط لنفاذ تصرف الوارث في حصته من التركة المدينة أو التي بها وصية مرسلة ألا يضر تصرفه بحق الدائن أو الموصى له كما قدمنا ذلك في كلامنا على تصرف الوارث في التركة المدينة وأقمنا عليه الدليل وارتضيناه وبناء على هذا الرأي لا يكون لكل وارث إلا أن يتصرف في حصته فقط ويشترط لنفاذ تصرفه مع ذلك أن يستبقي من حصته مقدار ما يفي بالجزء الذي يخصها من الدين أو الوصية وإلا كان تصرفه في مثل هذا المقدار موقوفًا على إجازة الدائن أو الموصى له أو إيفائهما حقهما.

---

(١) يظهر لي أن قيد «ولا وارث سواه» قد جيء به حتى لا يكون في تصرف الوارث بالأكل أو الوطء اعتداء على حق غيره من الورثة إذا وجد.

(٢) راجع جامع الفصولين جـ٢ ص ٢٤ وراجع المحيط البرهاني من الفصل الثامن والعشرين الخاص بتصرف الوارث والوصي.

ذلك رأي لبعض الحنفية فيما يظهر لي وهذا دليله، أما الآخرون وهم الذين نقلت عنهم الفروع الدالة على نفاذ تصرف الوارث في التركة غير المستغرقة بدون قيد فإنهم يرون أن حق الدائن أو الموصى له ينتقل بالتصرف في أعيان التركة إلى أبدالها أو بعبارة أدق إلى قيمها. ودليلي على ذلك أن حق الدائن أو الموصى له يتعلق بأعيان التركة كما ذكرنا أو بعبارة أخرى بماليتها، فأشبهت في ذلك أموال المريض مرض الموت. إذ إنها أموال تعلق بها حق الدائن كما أن التركة في هذه الحال أموال تعلق بها حق الدائن أو الموصى له، والمريض إذا تصرف في أمواله انتقل تعلق الدين إلى أبدالها؛ ولذا اشترط في نفاذ تصرفه ولزومه ألا ينقص البدل عن قيمة المال المتصرف فيه نقصًا يترتب عليه الإضرار بحق الدائن. وعلى هذا يكون كذلك حكم تصرف الورثة في التركة المدينة بدين غير مستغرق أو التي بها وصية مرسلة فينتقل تعلق الحق بالتصرف فيها إلى بدل المتصرف فيه، ويشترط مع ذلك ألا ينقص البدل نقصًا يترتب عليه الإضرار بحق الدائن أو الموصى له، وإذا اشترط ذلك في نفاذ تصرف المريض مع إمكان زيادة أمواله بميراث أو بهبة أو نحو ذلك كان اشتراطه في نفاذ تصرف الوارث في التركة وليس في الإمكان زيادتها أحق وأولى.

وقال الإمام شمس الأئمة السرخسي في كتابه المبسوط[1]: الأحسن أن ينظر القاضي إلى الورثة والدائنين جميعًا فيقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم ما زاد على ذلك بين الورثة مراعاة لحقهم، وفيه نظر للميت أيضًا من حيث إن وارثه يقوم بحفظ ما يصيبه من ذلك ويكون ذلك مضمونًا عليه ما لم يصل إلى صاحب الدين حقه، ولا يأخذ كفيلا بشيء من ذلك أ هـ[2].

(١) راجع المبسوط جـ١٥ ص٣٣، ٣٤.

(٢) وفي فتاوى قاضيخان جـ٣ ص ١٥٩ رجل باع من رجل شيئًا وضمن رجل بالدرك ثم مات الضامن وطلب ورثته قسمة تركته فإن القاضي يقسمها بينهم لأن الدين غير ثابت عند ذلك، فإن قسمها القاضي وباع كل وارث من الورثة نصيبه ثم أدرك المشتري دركا كان للمشتري أن يرجع على ورثة الضامن وينقض قسمتهم، لأن هذا بمنزلة دين مقارن للموت، لأن سبب هذا الدين كان في حياة الميت ولو كان الدين ظاهرًا وقت القسمة لا تجوز القسمة فكذا إذا وجب بسبب كان قبل الموت فأنت ترى من هذا أن المشتري يرجع على ورثة الضامن مع أنهم قد باعوا ما ورثوه، وهذا يدل على أن تعلق الحق ينتقل إلى بدل ما باعوه وهو القيمة، ولم يجز للمشتري عند ذلك أن يرجع على من اشترى=

ونأخذ من ذلك أن القسمة فيما عدا ما تركه القاضي من التركة لوفاء الدين نافذة، ونفاذها يترتب عليه أن يصير كل وارث مالكا لما خصه من التركة بواسطتها، ولكنه مع ذلك يكون مضمونًا عليه حتى يصل إلى صاحب الدين حقه ومعنى ذلك أنه يصير مضمونًا عليه بقيمته[1] وأنه إذا تصرف فيه فقد تصرف فيما يملك. وأن تصرفه لذلك ينفذ ولا يتوقف، وأن الوارث يصبح بذلك أمام الدائن ملتزمًا بقيمة ما تصرف فيه حتى إذا هلك ما احتفظ به لسداد الدين قبل وفائه رجع الدائن على كل وارث بما يخصه بشرط ألا يتجاوز قيمة ما أخذ من التركة.

ومن الواضح الجليّ أنه لا فرق بين تصرف الوارث بعد القسمة وتصرفه قبل القسمة، ففي الحالين إنما يتصرف في نصيبه وحصته، غاية الأمر أن محل تصرفه إذا ما كان قبل القسمة نصيب شائع، ومحل تصرفه بعد القسمة نصيب محرز مفرز. وإذا كان تصرفه بعد القسمة يعقبه انتقال تعلق الحق إلى البدل كما تبين من عبارة المبسوط فكذلك تصرفه قبل القسمة يستتبع ذلك، إذ لا فارق بين التصرفين وعلى ذلك نستطيع أن نقول إذا تصرف الوارث في حصته من التركة التي لم يحط بها الدين أو من التركة التي وجبت فيها وصية مرسلة فقد نفذ تصرفه وذلك في معنى تسلمه لحصة من التركة ثم أعقب ذلك أن تصرف فيها، وقد علمت أن ذلك يستتبع ضمانها من الوارث حتى يصل إلى صاحب الحق حقه من دين أو وصية، وإذن لا فرق بين أن يكون تصرف الوارث في حصته بطريق المعاوضة عنها وبين أن يكون بطريق التبرع بها، ففي الحالين يكون ضامنًا لقيمتها حتى إذا لم يجد الدائن أو الموصى له وفاء لحقه يرجع عليه بقدر ما يخصه. وإذا قيل إن الوارث إذا تبرع بحصته كان تبرعه نافذا فيما عدا ما يضر الدائن أو الموصى له التبرع به، وهو الجزء الذي يفي بما يخصها من الدين أو الوصية لكان

=من الورثة، لأن التصرف قد نفذ لصدوره من مالك، وأما نقض القسمة فذلك إنما يكون ضم إذا كان لنقضها محل وهو الأنصباء عند وجودها وعدم بيعها.

(1) مما يدل على ذلك ما في جامع الفصولين جـ٢ ص ٢٦ ونصه لو أقام الدائن بيّنة على بيع الورثة تركة مورثهم وادعى ضمانا عليهم فقالوا إن أبانا باع في حياته وأخذ الثمن وأقاموا بيّنة على ذلك يقضي ببينة الدائن من فتاوى رشيد الدين ومعنى ذلك أنه يقضي عليهم بالضمان بسبب البيع ولا ضمان إلا بالقيمة فيلزمون بدفع الدين ما لم يتجاوز قيمة التركة.

لذلك وجه وجيه، إذ يكون هذا الحكم نظير حكم تبرع المريض مرض الموت إذا كان مدينًا، فإنه ينفذ ما دام لم يضر الدائن ولم يتجاوز الثلث، ومرجعه في المسألتين واحد وهو تعلق حق الغير بالمال(١).

وما يتفرع على ذلك أن الورثة إذا باعوا التركة التي لم يحط بها الدين أو التي وجبت فيها وصية مرسلة بعد أن استبقوا منها ما يفي بالدين أو ما تنفذ به الوصية لم يكن للدائن إلا أن ينفذ على ما بقى من التركة لهذا الغرض، ولا يكون له أن يتبع أعيان التركة عند من اشتراها، لنفاذ التصرف لهم من جهة ولعدم الضرورة التي تلجئ إلى ذلك من جهة أخرى، وقد علمت مما مضى أنه إذا أوصى بعين معينة للفقراء أو للصدقة أو نحو ذلك مما لا يصح أن يملك كان ذلك في حكم الوصية المرسلة بقيمة تلك العين الموصى بها وكان حكم التصرف في التركة في هذه الحال هو ما ذكرنا.

ذلك هو رأي الحنفية على ما يظهر لي من فروعهم في فتاواهم. أما رأي المالكية في ذلك فهو كرأيهم في تصرف الورثة في التركة المدينة فمنهم من يمنعه مراعاة لحق الله تعالى، لأنه تعالى يقول في كتابه ﴿ .. مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ...﴿١١﴾ ﴾ [النساء]. فلا يتصرف الورثة في التركة إلا بعد تنفيذ الوصية وسداد الدين وهذا رأي ضعيف كما قدمنا، وترى جمهرتهم أن تصرف الورثة في هذه الحال جائز نافذ ما دام لم يمس حق الموصى له ولم ينله منه ضرر، وعلى ذلك إذا تصرفوا فأبقوا من التركة ما يفي بتنفيذ الوصية أو بادروا إلى تنفيذها أو بادر المشتري إلى ذلك أو باعوها للموصى له على أن يخصم من ثمنها ما له من حق بمقتضى الوصية، إذا كان شيء من ذلك أو ما في معناه نفذ تصرفهم، فإن لم يكن من ذلك شيء كان للموصى له حق

(١) ويؤيد هذا الوجه ناحية أخرى ينبغي ألا يهمل النظر إليها تلك هي أن إلزام الوارث وضمانه بقدر قيمة ما تصرف من حصته ليس فيه الضمان الكافي لسداد الدين وتنفيذ الوصية، فقد يعدم الوارث فيصير معسرًا فلا يجد الدائن أو الموصى له إلا أن ينتظر ميسرته وقد لا تحدث، أما إذا ذهبنا إلى أن تبرع الوارث أو تصرفه في القدر الذي يقابل حصته من الدين موقوف على وصول الحق إلى صاحبه. وأن لصاحب الحق إذا لم يجد وفاء أن يرجع على كل وارث في هذا القدر وأن يتبعه أين وجد فإن في ذلك الضمان الكافي للدائن والموصى له وهو الذي تؤيده آية ﴿ . مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ .﴿١١﴾ ﴾ [النساء].فإنها لا تجعل للوارث شيئا إلا بعد الوصية والدين وهذا مآل ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة الآخرون كما يتضح من بيان مذهبهم فيما يأتي.

نقض التصرف، فينقض بيعهم إذا باعوا عالمين بها وتنفذ الوصية في الأعيان المبيعة وذلك بطريق بيعها والإيفاء من ثمنها. أما إذا باعوا جاهلين بوجودها فإنه لا ينقض تصرفهم ولكن يرجع عليهم فقط، وليس له أن يرجع على المشتري منهم وإن كان الورثة معسرين. بل ينتظر ميسرتهم كما قدمنا في الدين وهذه هي رواية ابن القاسم وهي أظهر الروايتين، والرواية الأخرى أن له أن ينقض البيع ويتبع العين في الحالين حال جهلهم وحال علمهم.

أما الحنابلة فقد علمت أن قليلا[1] منهم يرى أن الوصية المرسلة تمنع الورثة من أن يتملكوا التركة قبل تنفيذها، ومقتضى هذا القول أن تصرفهم في هذه الحال تصرف فيما لا يملكون فلا يصح، ولكنه قول ضعيف، ويرى جمهرتهم أنها لا تمنع الورثة من أن يتملكوا التركة كما لا يمنع الدين من ذلك، وعلى هذا فتصرفهم صحيح نافذ ما دام لم يمس حق الموصى له، فإذا تصرفوا فلم يجد الموصى له وفاء لوصيته أبطل التصرف واتبع أعيان التركة أين وجدت. ومن الحنابلة من يرى أن تصرف الورثة في التركة يستتبع التزامهم بالموصى به في أموالهم لأنه في حكم استهلاكهم لأعيان تعلق بها حق غيرهم فيلزمون به كما في الدين[2].

أما الشافعية فعلى قياس قواعدهم ليس للورثة أن يتصرفوا في التركة قبل تنفيذ الوصية، وتصرفهم فيها قبل ذلك باطل[3] كتصرفهم في التركة المدينة، وذهب بعضهم إلى أنه يصح تصرفهم ما دام لا يمس حق الموصى له، كمال المريض يتصرف فيه المريض فينفذ تصرفه إذا لم يمس حق دائنه، فإن وفى الوارث الوصية لزم وإن لم يجد الموصى له وفاء أبطل التصرف، واستحسن كثير من الشافعية أن الورثة إنما يمنعون من التصرف في التركة التي تعلقت بها الوصية بقدر ثلثها فقط لأن ذلك ما يتعلق به حق الموصى له، أما ما زاد عن الثلث فلهم حق التصرف فيه كما كان لهم حق التصرف في التركة إذا كانت الوصية بعين معينة ولم يمسها التصرف، وهذا أرجح الأقوال

---

(١) منهم القاضي أبي يعلى راجع القواعد.

(٢) راجع القواعد لابن رجب.

(٣) راجع نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٩٦ والمهذب جـ١ ص ٣٢٨ وحاشية الشبراملسي على النهاية جـ٤ ص ٢٩٦.

عندهم، وعلى هذا فللورثة أن يتصرفوا في التركة ما بقى ثلثها فإذا تجاوزا الثلثين بطل تصرفهم فيما زاد مراعاة لحق الموصى له. وكان مقتضى تعليلهم أنه يجوز تصرفهم ما دام في التركة ما يفي بالوصية ويبطل فيما يمسها، لأن الغرض هو المحافظة على حق الموصى له، وإلا فما الضرورة لمنعهم من التصرف في الثلث جميعه إذا كان المبلغ الموصى به لا يتجاوز عشر التركة مثلا وهذا هو الواقع نتيجة القول الثاني.

وأما إذا كان الموصى صاحب منفعة عين من الأعيان فإما أن يكون مستحقًا لمنفعة عين بتمامها وإما أن يكون مستحقًا لمنفعة جزء من العين، فإن كان مستحقًا لمنفعة عين بتمامها كأن أوصى له بسكنى هذه الدار أو بغلة هذه الأرض أو بركوب هذه الدابة لم يكن للورثة عند الحنفية أن يتصرفوا في هذه العين الموصى بمنفعتها بالبيع ولا بالهبة ولا بالإجارة ولا بالرهن ولا بغير ذلك من التصرفات التي تضر بالموصى له، ذلك لأن العين في هذه الحال على حكم ملك الموصى لا على حكم ملك الورثة، ولذا لا يجوز لهم أن يتصرفوا، ولأنهم لو تصرفوا فيها بالبيع مثلا لم ينفذ في منفعتها لأنهم لا يملكونها واستثناء منفعة المبيع عند البيع غير جائز في رأي الحنفية فلا يجوز البيع. ولكنهم إذا باعوا العين فعلا فما حكم هذا البيع حينئذ؟ مقتضى قواعدهم فيما يظهر لي أنه يكون بيعًا موقوفًا على إجازة الموصى له أو زوال حقه، فإذا أجاز هذا البيع نفذ واعتبر ذلك منه إسقاطا لحقه في المنفعة فلا يطالب المشتري بأن يسلم إليه العين بعد ذلك، وليس له حق استبقائها عنده لاستيفاء منفعتها، وكذلك إذا انتهى حق الموصى له بانتهاء مدته ولم يبطل البيع فإنه حينئذ يصير نافذا لزوال المانع من وقفه وهو حق الموصى له .. ويظهر لي أن الموصى له في هذا كالمستأجر عند بيع العين المؤجرة إذ يكون هذا البيع أيضا موقوفًا على إجازة المستأجر أو انتهاء الإجارة. وعلى ذلك فالروايتان المنقولتان في المستأجر من أن له حق إبطال هذا البيع أو ليس له هذا الحق ينبغي أن تكونا كذلك في الموصى له، فيكون له الحق في إبطال بيع العين الموصى بمنفعتها على رواية ولا يكون له هذا الحق على رواية أخرى، وإنما يكون له حق حبس العين لاستيفاء حقه، فإذا لم يبطل البيع حتى انتهى حقه بسبب من الأسباب فإنه ينفذ عند ذلك، وقد روي أن الفتوى على الرواية التي تقضي بأن ليس له حق الإبطال.

وعلى هذا لو باع الورثة العين الموصى بمنفعتها إلى الموصى له نفسه نفذ البيع وبطلت الوصية، إذ يصبح الموصى له مالكا للمنفعة بتملك العين وإنما نفذ البيع لأن توقفه لحقه والبيع له لا لغيره فلا يتوقف حينئذ[1].

وعند المالكية والشافعية والحنابلة يجوز للورثة بيع العين الموصى بمنفعتها. غير أن المالكية يجعلون حكم هذا البيع كحكم بيع العين المؤجرة، وعلى ذلك لا يجوز البيع إلا إذا لم تزد المدة الباقية على انتهاء الوصية عن سنة بالنسبة للدار وعن سنين بالنسبة للأرض وعن ثلاثة أيام بالنسبة للدابة، إذ لا يجوز عندهم استثناء منفعة المبيع عند بيعه إلا عن مثل هذه المدد بالنسبة لمثل هذه الأعيان وما ماثلها، وليس بيع العين الموصى بمنفعتها إلا بيع عين استثنيت منفعتها[2].

والشافعية يجوزون للورثة بيعها للموصى له ولغيره إذا كانت الوصية مؤقتة، فإن كانت مؤبدة جاز لهم بيعها للموصى له فقط ولم يجز بيعها لغيره لعدم فائدته من ذلك على الأصح، ويجوز لورثة الموصى له حينئذ أن يجتمعوا على بيعها لغير الموصى له ليصير له العين ومنافعها[3]. والحنابلة يجوزون للورثة بيعها للموصى له ولغيره في جميع الأحوال[4] ويقولون قد تتحقق المنفعة عند التأبيد لغير الموصى له بأن يطمع في تملك المنفعة من قبل الموصى له بوسيلة من وسائل التمليك.

وإن كان الموصى له مستحقًا لمنفعة جزء من عين كثلث دار أو نصف أرض فحكم بيع هذا الجزء والتصرف فيه عند الأئمة هو حكم التصرف في العين الموصى بمنفعتها كلها فمن جوّز ذلك جوّزه هنا ومن منعه منعه هنا. أما حكم التصرف فيما عدا هذا الجزء من العين فصحيح نافذ عند المالكية والشافعية والحنابلة؛ لأنهم إذا جوزوا التصرف في الجزء الموصى بمنفعته فأولى أن يجوزوا التصرف فيما عداه.

---

(١) راجع الفتاوى الأنقروية جـ٢ ص ٤١١ والمبسوط جـ٢٧ ص ١٨١ وما بعدها والفتاوى الهندية جـ٣ ص ١١٠ والأشباه والنظائر جـ٢ ص ٢٠٧ من الفن الثالث وما بعدها.

(٢) راجع شرح الدردير الكبير جـ٤ ص١١، ٤٤٨، وشرح الخرشي جـ٨ ص ٢٢٦.

(٣) راجع نهاية المحتاج جـ٦ ص ٨٧.

(٤) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٥٢٠.

أما الحنفية فقد قالوا إما أن تكون المنفعة الموصى بها قابلة للقسمة بنفسها كالغلة ومثال ذلك أن يوصي إنسان لآخر بثلث غلة هذه الأرض مدة سنة أو بغلة ثلث هذه الأرض مدة سنة، وإما أن تكون قابلة للقسمة بقسمة مكانها كالسكنى في دار متسعة ومثال ذلك أن يوصي إنسان لآخر بسكنى ثلث هذه الدار أو بسكنى هذه الدار وليس من مال سواها، وإما أن تكون غير قابلة للقسمة كالركوب، ومثال ذلك أن يوصي إنسان لآخر بركوب هذه الدابة ثم يموت وليس له سواها فتنفذ الوصية في الثلث. وفي هذه الأحوال إذا باع الورثة من العين ما عدا الجزء الموصى بمنفعته كأن يبيعوا ثلثي الأرض في المثال الأول وثلثي الدار في المثال الثاني وثلثي الدابة في المثال الثالث فإن بيعهم يجوز عند الحنفية إذا ما كان البيع على الشيوع ويحل المشتري محل الورثة في البيع نص على ذلك صاحب المبسوط(1). أما إذا قسموا العين بينهم وبين الموصى له وذلك لا يكون إلا في الوصية بغلة الأرض أو في الوصية بالسكنى فيجعلون للموصى له ثلثًا معينًا من الأرض أو في الدار ويبيعون الباقي فإنه غير جائز عند أبي حنيفة لأن تخصيص الموصى له بجزء معين مفرز يحول بينه وبين حقه في المشاركة بمنفعة الجزء الآخر إذا بطلت منفعة الجزء الذي خص به بسبب من الأسباب، وقد قدمنا تفصيل وجهته هذه عند كلامنا على قسمة مثل هذه العين، وروي عن أبي يوسف جواز ذلك لأنه يرى أن الوصية بالمنفعة دون الوصية بالرقبة، فإذا جازت القسمة وجاز التصرف بعد ذلك فيما تعين بها «مع الوصية برقبة الجزء» فأولى أن تجوز مع الوصية بمنفعته وقد قدمنا ذكر ذلك فلا حاجة إلى تكراره(2).

رقم الإيداع	١٧٠٩ / ٢٠١٠
I.S.B.N الترقيم الدولي	977 – 10 – 2580 - 5

(١) راجع المبسوط جـ٢٨ ص٤.

(٢) راجع البدائع جـ٧ ص ٣٥٣ والأنقروية جـ٢ ص ٤١١ والأشباه والنظائر وحاشية الحموي جـ٢ ص٢٠٧.

الحق والذمة

وتأثير الموت فيهما
وبحوث أخرى

تأليف الشيخ
على الخفيف
أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول

تقديم الأستاذ الدكتور
على جمعة
مفتي الديار المصرية

الطبعة الأولى
١٤٣١هـ / ٢٠١٠م

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
٩٤ شارع عباس العقاد - مدينة نصر - القاهرة
ت: ٢٢٧٥٢٧٩٤ - ٢٢٧٥٢٧٣٥ - فاكس: ٢٢٧٥٢٧٣٥
٦ أ شارع جواد حسني - ت: ٢٣٩٣٠١٦٧
www.darelfikrelarabi.com
info@darelfikrelarabi.com